

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA

ANA BEORLEGUI LOPERENA

FEBRERO 2014

*TRABAJO FIN DE
MÁSTER DE
ACCESO A LA
ABOGACÍA*

INDICE

INTRODUCCIÓN	3
1. Concepto, causas y modalidades de la gestación por sustitución.....	4
1.2 Causas:	5
1.3 Modalidades:	5
2. Doctrina Española.	7
2.1 Posturas contrarias a su admisión.....	7
2.2. Posturas favorables.....	16
3. Notas sobre el debate en torno a la Gestación por Sustitución.....	19
3.1. Turismo reproductivo consecuencia de la diversidad de respuestas.	20
3.2. Hacia una convención internacional.....	22
4. La gestación por sustitución en el Derecho Español	22
4.1. El artículo 15 LRC de 1957, la inscripción del nacimiento en el Registro civil español y la cuestión del “doble espejo”.	26
4.2. La gran cuestión: “normas de conflicto de leyes” <i>versus</i> “normas de reconocimiento de decisiones”.	27
4.3. El artículo 81 RRC. Círculo hermenéutico y posibilidades	32
4.4. La cuestión del fraude de ley y del <i>Forum Shopping</i>	35
4.5. Reflexión.	37
5. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.	37
6. Propuesta de regulación del convenio o contrato de gestación por sustitución.....	40
6.1. Fundamento de su admisibilidad del convenio:	40
6.2. Contenido esencial.	44
7. Cuestiones prácticas posibles de plantear ante un convenio de gestación por sustitución y su posible solución.....	61
7.1. Filiación del nacido en casos especiales.....	61

7.2.Supuestos de crisis familiar o de fallecimiento de los padres o madres contratantes durante la gestación.	65
7.3.Efectos del incumplimiento del convenio de gestación por sustitución.....	69
8.La prestación por maternidad: un tema de actualidad respecto a la gestación por sustitución.	75
8.1.La prestación social de la maternidad y la maternidad subrogada.	75
8.2.Comentarios sentencias de gestación por subrogación y prestación por maternidad.....	78
Reflexiones finales.	91
BIBLIOGRAFÍA.....	94
JURISPRUDENCIA	98

INTRODUCCIÓN

La decisión de tomar como punto de referencia y pilar de mi trabajo el de la maternidad subrogada proviene del gran debate sobre su legalidad y la gran polémica que suscita, en un ámbito del Derecho de Familia español, en el que se encuentra prohibida, por el artículo 10 de la Ley 4/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA). Pero ha sido necesario dictar una Resolución de fecha 18 de febrero de 2009 y una posterior Instrucción de fecha 5 de octubre de 2010, ambas de la Dirección General de Registros y del Notariado, para permitir la inscripción registral de la filiación obtenida mediante dichas técnicas, llevadas a cabo fuera de España en países cuyos ordenamientos las permiten, con el fin de salvaguardar el interés del menor y el derecho supremo del niño.

Parece algo ambiguo que, a pesar de la clara prohibición que figura en la ley española, se hayan admitido sistemas de convalidación de sus efectos, una vez realizada la gestación por sustitución en los países que permiten estas técnicas. Tendríamos que plantearnos por qué, una vez llegados hasta este punto, no se es capaz de continuar regulando esta figura, por difícil que sea, porque una solución parcial como la que se da en estos momentos no es que suscite menos problemas que si España regulase la legalización al respecto, abarcando en todo lo posible aquello que puede o no puede hacerse o lo que pudiese ocurrir en hipotéticos casos dentro de los parámetros de la normalidad.

Cuando vi la polémica sobre este tema, fue algo que me llamo francamente la atención, realmente no era consciente de la cantidad de personas que viven en países en los que estas prácticas resultan prohibidas, y viajan a otros en los que si las permiten con la finalidad de conseguir poder llevar a cabo un convenio en el que una mujer geste a su hijo, bien sea con su material genético propio o de terceros. Personas que han tenido problemas de fertilidad, problemas para gestar, etc. o incluso personas a las que no se les ha concedido la idoneidad en los programas de adopción y no han pasado la fase necesaria para optar a ser padres por adopción. Son en su mayor parte esas personas las que deciden optar por la maternidad subrogada, como única solución que ven solvente ante todo lo que ya han probado y que no ha funcionado.

Esto es lo que me dejó pensando, y me dio pie a investigar sobre un tema desconocido para la mayoría, pero que afecta a otras muchas personas que se ven afectadas y resulta de gran trascendencia e importancia, y por ello es por lo que me decanté por él.

Un tema ciertamente complejo, y con multitud por no decir infinidad de posibles problemas.

A lo largo del mismo, se verán temas claves para saber en qué consiste la maternidad subrogada, tales como su concepto, las causas que hacen que las personas acudan a esta técnica, las modalidades que pueden darse, la situación legal en el mundo, una propuesta de regularización de un convenio de gestación por sustitución con el planteamiento de las diferentes problemáticas que este podría acarrear, casos singulares en la maternidad subrogada; y la novedad que, en esta materia, supone el reconocimiento de prestaciones sociales a las madres comitentes en el sistema español de Seguridad Social.

1. Concepto, causas y modalidades de la gestación por sustitución.

1.1 Concepto:

Las diferentes modalidades de gestación por sustitución o maternidad subrogada¹ constituyen un específico supuesto de reproducción humana asistida², por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé, de forma que una u otras personas puedan ser padres, bien sea biológicos o no. En la gestación por sustitución intervienen tres partes: a) La pareja contratante (que pueden o no aportar el material genético); b) la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; c) el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora.

Esta técnica, conocida también como maternidad de alquiler, de encargo, portadora, o sustitutiva entre otras, se basa en que una mujer lleva implantado en su cuerpo un embrión hasta su nacimiento, con la finalidad de entregarlo después a otra mujer, hombre o a una pareja, ya sea matrimonial o de hecho, heterosexual u homosexual. En

¹ FARNÓS AMORÓS, E., "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California". *InDret* 1/2010

² PÉREZ GÓMEZ, J.M., RUEDA SILVA, D., "La investigación y experimentación genética humana en la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 12/2002, Ed. Aranzadi.2002.

esta última puntualización hay que tener presentes los artículos 8 (referente a la vida familiar), y 14 (referente a la prohibición de discriminación), ambos de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 así como los artículos 7 (respecto de la vida familiar), 9 (referente al derecho a fundar una familia), 20 (igualdad ante la ley) y 21 (principio de no discriminación), todos de la Convención de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010, en los que se reconoce el derecho de la mujeres solas o de las parejas de lesbianas a la maternidad, así como el de la pareja homosexual a la paternidad; sin olvidar que también lo tiene el hombre soltero en base al derecho de no discriminación, pudiendo llevar a cabo un contrato de maternidad subrogada.

Significativamente, la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 se atreve a trazar una definición del convenio de maternidad por subrogación, indicando que “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar en nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.

1.2 Causas:

Este pacto de maternidad subrogada puede deberse a muchas circunstancias, como la infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o en pareja (ocasionada por causa genéticas, de enfermedad o edad), o porque no se desee ser madre bien para no transmitir una enfermedad genética, bien por motivos laborales, etc. También este convenio puede obedecer al anhelo de paternidad de los hombres solos o de parejas homosexuales de hombres que, no se olvide, pueden constituir un matrimonio y tienen derecho a la paternidad tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derechos a contraer matrimonio, de manera que el actual artículo 44,2º CC establece que : “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

1.3 Modalidades:

Dicha técnica de reproducción abre un gran abanico de posibilidades a la hora de combinar el material genético aportado; por lo que pasamos a describir las cuatro modalidades un poco más a fondo:

- a) La pareja que contrata aporta el material genético en su integridad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con el propósito de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.
- b) La mujer interesada aporta su óvulo fecundado por persona ajena a su pareja, en cuyo supuesto, existen unos padres genéticos (o madre genética) que desean al hijo y una madre gestante que accede a engendrarlo para, posteriormente, cuando dé a luz, entregarlo.
- c) La mujer gestante además de llevar a cabo la gestación aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide del sujeto individual o de uno de los miembros de la pareja que contrata o de un tercero. Hipótesis que da lugar a la existencia de una madre genética que a su vez es gestante, y una mujer que desea ser la madre legal y unos sujetos que de igual forma quieren ser padres legales y que también pueden ser padres genéticos.
- d) Que el material genético sea aportado por individuos ajenos a la persona soltera contratante o a la pareja matrimonial o de hecho de esta y en la que la madre portadora cede únicamente su útero.

En este caso, existirán por así decirlo tres partes: la madre gestante, los padres genéticos (que aportan su material reproductor) y quienes desean ser padres o madres legales y que son los que han llevado a cabo el contrato de gestación por subrogación. Verdaderamente, el caso más sencillo que puede presentarse tiene lugar cuando los titulares de los materiales reproductores coinciden totalmente con los miembros de la pareja comitente, quienes aportan tanto el espermatozoide como el óvulo, produciéndose así la llamada fecundación *in vitro* homologada, para luego implantar el cigoto obtenido en el útero de la mujer contratada, que llevará a cabo esta el embarazo y posterior entrega del hijo nacido a los progenitores biológicos. Es por decirlo de alguna manera, la modalidad que menos complicaciones lleva consigo.

Estas anteriores modalidades pueden dar lugar al fenómeno de la gestación por sustitución que, inexorablemente, producirá una contradicción y contraposición de intereses entre la pareja matrimonial o de hecho (homosexual o heterosexual) o sujeto individual comitente y la portadora que es, en principio, la madre jurídica, en cuando gestadora y alumbradora del nacido, por virtud del antiguo axioma *mater semper certa est* ; sin olvidar tampoco la situación jurídica del marido o pareja de hecho de la mujer

gestante. Ello origina multitud de disputas³ y creando grandes problemáticas sobre algunos supuestos, como se verá a lo largo del trabajo.

Como consecuencia de ello, este fenómeno de la maternidad subrogada puede dar lugar a variadas formas de paternidad o maternidad compartida, según los grados de participación de los distintos sujetos en la procreación:

- a) La paternidad o maternidad plena, en primer lugar, que es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el pleno ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes internos que implica aquella paternidad o maternidad.
- b) La paternidad o maternidad genética, en segundo lugar, que es la de quien se convierte en donante de óvulos o de espermatozoides y que, conforme a la vigente LTRHA, estaría reservado a los donantes anónimos (artículo 5.5º LTRHA).
- c) La maternidad gestativa, en tercer lugar, cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión en cuya creación no ha intervenido genéticamente, pero que tiene a su favor el postulado *mater semper certa est*
- d) La paternidad o maternidad legal, en cuarto lugar, que estaría la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones innatos a la paternidad o maternidad jurídica, sin que exista entre ellos (como también sucede en la institución jurídica de la adopción) vínculo biológico alguno⁴.

2. Doctrina Española.

2.1 Posturas contrarias a su admisión.

Ya desde antiguo algunos autores españoles escribieron sobre este tema tan conflictivo, en años en los que la sociedad no había avanzado quizás tanto como ahora, entre ellos se encuentran: Encarna ROCA TRÍAS , Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y Francisco LLEDÓ YAGÜE, ponentes destacados en el II Congreso Mundial Vasco, sobre

³SALAS CARCELLER, A., "Sobre las relaciones entre la compañera de la madre biológica con el hijo de esta concebido por inseminación artificial". *Revista Aranzadi Doctrinal* núm 10/2011 (parte tribuna). Pamplona 2011.

La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, celebrado en Victoria-Gasteiz del 2 de septiembre al 2 de octubre de 1987, algunas de cuyas reflexiones pasamos a exponer seguidamente.

La legislación ha de partir de la base de los derechos a la persona, sin caer por ello en el peligro de un nuevo iusnaturalismo, lo que provocaría que en base a este planteamiento, se rechazase cualquier técnica de este tipo. Y no es menos importante destacar que cuando el legislador se esfuerza por llevar a cabo y elaborar una ley en contra de las demandas sociales aceptables, se producen como consecuencia resultados de rechazo que agudizan la situación. El riesgo de centrar la cuestión únicamente en la protección de los derechos humanos reside en la concepción que se adopte de los mismos: Así, si se acepta una postura tradicionalista, se terminaría llegando al iusnaturalismo, concluyendo que cualquier tipo de manipulación genética no natural que produzca como resultado el nacimiento debe ser prohibida.

Ahora bien, por el contrario, si se adopta una postura adaptada a las necesidades y avances sociales y tecnológicos, se entendería la necesidad de adoptar alguna solución mediante su regulación, puesto que este fenómeno puede proporcionar un grado de bienestar muy alto a algunos seres humanos que, buscando tener hijos, tienen algún problema para conseguirlo.

Claro está que si la respuesta es optar por una regulación, hay que ver porque tipo de legislación se va a guiar el país en cuestión. Partiendo de esto son varios los países de nuestra mismo tipo de cultura que han elaborado proyectos de ley en los que se intenta regular aquellos supuestos de reproducción humana asistida y las consecuencias que ello conlleva.

En relación con la inseminación artificial (IA), existen ya diversos códigos que se ocupan de regular el problema de la acción de impugnación de filiación del marido a la madre. Además, algunos códigos impiden al marido de la madre que ha consentido una inseminación artificial la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

Pero los problemas que se plantean en casi todos los países son acerca de la fecundación *in vitro* (FIV), con todos los problemas de conservación y/o destrucción de embriones; maternidad subrogada e ingeniería genética. La intervención del Estado es clave para la salvaguarda de los Derechos Fundamentales, es éste quien debe identificar los supuestos

de hecho en los que se permitirían el uso de estas técnicas de reproducción, los efectos que han de producir sobre los sujetos comprometidos, las responsabilidades a las que haya lugar, etc. Por ello el Estado es quien debe garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 55 de la CE a los particulares, y en consecuencia, citar la legislación acorde a las necesidades para garantizar la eficacia del artículo 55 de la CE.

Es por ello que el Estado o la Comunidad Autónoma con competencia en la materia es la que debe escoger el tipo de legislación más adecuado para la posterior resolución de posibles problemas que se planteen. No es recomendable en ningún caso una legislación que trate de prever de forma total y casuística todos los problemas de antemano, debido a que los avances de la técnica son tan rápidos que una legislación de este tipo quedaría obsoleta a los pocos días de su vigencia. Por no decir, que con ella, podría conseguirse un efecto que los expertos denominan como “efecto *boomerang*”, es decir, al no ser posible la previsión de todos los supuestos por los avances de las tecnologías que se tienen hoy en día, y al no aplicarse el principio de analogía, por el carácter sancionador del proyecto de ley, se concluiría que lo que no está prohibido está permitido, alcanzando así el resultado opuesto al que se pretendía cuando se estableció tal legislación.

Al aceptar la realidad de estas técnicas y someterlas al sistema jurídico, debe elegirse entre aplicarlas como derivadas de un hipotético a la procreación, inserto en los derechos de la personalidad, o bien en hacerlas derivar del derecho a la salud. Debe tenerse por encima de todo los intereses, los principios de la personalidad establecida en el artículo 10.1 de la Constitución, y el interés del hijo establecido en el artículo 39 de la misma. Y aplicarse el principio técnico de menor daño, de manera que terceros, implicados de forma altruista, queden indemnes por ello.

Lo que establece el artículo 10.1 de la CE es que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamento del orden público y de la paz social”, disposición que, junto a lo establecido en el artículo 9.1 de la CE (“los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico”) implica que la protección de la personalidad y los derechos inherentes a ella es el objetivo propio del Ordenamiento constitucional español.

El derecho a procrear puede entenderse como una derivación de otros derechos fundamentales tales como el derecho a la vida y la integridad física y a la libertad. Aquí, no se entendería que es un derecho derivado o ligado a la familia sino al Derecho de la persona y que encuentra su justificación en el derecho a la libre regulación de la vida privada. De modo que, de la misma manera en que el Estado no puede prohibir a sus ciudadanos el tener hijos o no tenerlos, no les puede prohibir tampoco el recurso a determinadas técnicas de inseminación artificial, y por ello cualquier prohibición sobre las mismas podría considerarse nula. Cabría mencionar aquí que si mujeres solas desean proceder a la utilización de inseminación artificial, estarían en su propio derecho de procrear y no debería serle prohibido. Lo mismo respecto a la inseminación artificial a través de un donante desconocido.

Respecto al derecho de procrear el CAHBI⁵ (el Comité Director para la Bioética), del Consejo de Europa a partir de recomendaciones de 1981, se centró en la necesidad de estudiar el problema que había surgido sobre todo este tema, concluyendo su recomendación a la hora de conciliar los problemas que se planteasen y considerar que el fundamento ético de las reglas relativas a la procreación artificial debía ser el mismo que el que regula la legislación de familia y la protección de los niños en los Estados miembros del Consejo de Europa. Sobre todo en lo referente a tres situaciones concretas que se producen en los siguientes casos:

- cuando los otros medios de tratamiento de la infertilidad no han tenido éxito o no ofrecen ninguna posibilidad de éxito o no resultan apropiados para el caso concreto.
- cuando existe el riesgo seguro de transmitir al hijo una grave enfermedad o hereditaria.
- cuando exista el riesgo de que el hijo sufra una enfermedad que comportase su muerte precoz o una incapacidad grave.

⁵ el Comité Director para la Bioética o CDBI antes llamado: CAHBI. Aprobado por el Consejo de Europa en la reunión de 7 de Junio de 1996, aprobada por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996 y abierta a la firma de países el 7 de abril de 1997. Consta de 38 artículos. Existe un "Informe sobre el Proyecto" elaborado por Marcelo Palacios. El borrador del Convenio y su informe explicativo se recogieron el «Documento 7124» remitido a la Asamblea el 21 de junio de 1994. Consta de 38 artículos divididos en 14 capítulos. La ciudad de Oviedo acogió a veinte Estados europeos para la firma de este Convenio el 4 de abril de 1997. Ratificado por España el 23 julio de 1999. Incluye los protocolos adicionales: Protocolo Adicional sobre prohibición de clonar seres humanos. *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research.*

La conclusión a la que llegaron países europeos que más influencia ejercen sobre nuestra cultura jurídica es que la inseminación artificial, en sus varias facetas, debe derivar de un derecho a la salud y no de un derecho a la procreación, utilizando por tanto un sistema de indicaciones de tipo médico. Quedaría excluida, con esta visión la inseminación a mujeres solas. La propensión española ha sido la de alinearse con estos principios, ahora bien entre sus recomendaciones se encuentra que “podrá autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que las justifique y a cargo del erario público”, y que “la mujer sola no estéril podrá beneficiarse de estas técnicas. Se autorizará únicamente la inseminación artificial con semen de donantes, sin que los gastos de su realización se haga con fondos públicos”. En tales casos se debe valorar si la mujer reúne las características previstas para gestar, mantener y educar de una manera digna a futuro hijo y facilitarle un ambiente adecuado basado en el bienestar.

Estas dos recomendaciones encuentran su fundamentación en la CE, concretamente en los artículos 9, 10, 14, 18 y 39.1, concluyendo que estas disposiciones se inclinan “porque la Constitución dispone que la mujer sola o soltera pueda ser madre, y si puede serlo por un derecho constitucional por la vía con modos naturales, también habría de poder serlo por un procedimiento no natural; línea de pensamiento que coincide con lo establecido por la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 que contempla el derecho de la mujer a tener hijos aunque éstos no tengan padre legal”. Como puede apreciarse, y ya he comentado varias veces se trata de un tema complejo y que no contienen una única solución válida absoluta e incontrovertible.

Estoy de acuerdo con las conclusiones finales formuladas por ROCA TRÍAS en su ponencia en el II Congreso Mundial Vasco al establecer que “Esta es una cuestión que sólo puede saberse cuando el legislador adopta la solución más conveniente, desde el punto de vista de la política jurídica del momento, pero con los datos existentes, son suficientes para que el legislador elija una solución, y no es lícito que se escude en el absentismo, utilizando lo que Guido Alpa denomina argumento “económico”: mejor no legislar que hacerlo poco y mal”⁶.

⁶ ROCA TRÍAS, E., “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en *II Congreso mundial vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Ponencias y Comunicaciones, Vitoria-Gasteiz, 1987, Madrid 1988, pág 19-46.

La postura que al respecto expone BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en el citado Congreso, es la siguiente: es madre la mujer que gestó el embrión y que, previo el embarazo da a luz (artículos 135 y 139 del CC). Ello unido a la facilidad con que en principio se puede probar el hecho del parto y la identidad del hijo (no es preciso acudir a presunciones o reconocimientos como en el caso de la paternidad), implica que la única manera de asumir la maternidad sea mediante la adopción, tanto si es de esta persona de quien procede el óvulo como si no, y tanto si el semen procede de un marido o de su compañero como si tampoco es así, y procede del marido o compañero de la gestante o de un tercero. El problema planteado aquí es que la adopción no resulta en absoluto sencilla.

Si la donante de útero no está casada, el hijo podría inscribirse como hijo no matrimonial de esa donante y del varón que aportó el semen en el momento del nacimiento, previo reconocimiento del mismo (tal y como establecen los artículos 120.1º y 4º del CC 47 de la LRC; 181, 182 y 186 del RRC). Solución aparentemente favorable en lo que respecta a la figura del padre. Pero esa determinación legal de la filiación impedirá la adopción por la mujer que quiere asumir la responsabilidad de madre. Nuestro Código Civil no prevé la posibilidad de una adopción en la que el adoptante únicamente sustituye a uno de los progenitores naturales. Incluso estando la mujer donante casada con el padre natural, no resulta fácil acogerse al artículo 176 párrafo tercero, y 178, párrafo primero, del CC, para que, con el consentimiento de la madre natural, la donante pueda sustituir únicamente a esta última. Estamos ante lo mismo en el supuesto de adoptante casada con el padre natural como para la compañera de este, en relación con el Proyecto de Ley de Adopción 21/1987 (artículos 176.2.2º y 178.2.1º).

Y para LLEDÓ YAGÜE⁷, ya en la proposición de Ley presentada por el grupo socialista sobre las técnicas de reproducción humana asistida el 9 de mayo de 1987, se recordó que en España en ese momento concreto más de 700.000 parejas estériles casadas en edad fértil de las que un 40 por ciento podrían beneficiarse de la fecundación *in vitro* o técnicas similares y un 20 por ciento de la inseminación artificial. Por aquél entonces existían 13 bancos de gametos y 14 centros o establecimientos sanitarios públicos y privados en los que se realizan estas técnicas. El sentido y significado de la utilización

⁷ Lledó YAGÜE, F., "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo", en II Congreso Mundial Vasco, *cit.*, pp. 349- 389.

de las diversas técnicas de reproducción humana asistida se centró en ofrecer terapia alternativa al problema de la esterilidad irreversible de la pareja más que a la corrección de otras posibles patologías.

Lo que aquí se discute es que derecho tiene el preembrión. Hay autores como LLEDÓ YAGÜE que consideran que éste debe tener los mismo derechos que el *nasciturus*. En dicha línea, se considera que el respeto al preembrión humano es manifestación de la incuestionable dignidad de esa vida humana que se encuentra en crecimiento, al producirse una personalidad en desarrollo que no es una potencial existencialidad, sino una realidad biológica *in actu* y que, si no se interrumpe durante su proceso, llegará a nacer.

En coherencia con lo expuesto, no debe olvidarse que el cigoto contiene el programa genético del hombre, al tener los elementos necesarios y sustanciales para que se desarrolle y consolide su personalidad, es decir, los elementos que constituyen al hombre. Desde esta perspectiva, se concluye que nadie podrá discutir que se trata de un ser humano, desde su concepción y dependiendo los acontecimientos que se desarrollen durante su evolución, nacerá.

La postura natural-conservadora es excesivamente biologizada, dado que la naturaleza *per se* no es un límite infranqueable para la acción humana. La tesis cultural-progresista, entiende que "sólo el hecho de utilizar vías contrarias a las avezadas por la naturaleza no es suficiente para descalificarla". El problema radicaría en cómo deberá el hombre ejercer este dominio, según que reglas y valores. Lo más razonable parece ser estableciendo el límite en el respeto a los derechos fundamentales.

En aquél Congreso Mundial Vasco casi todas las ponencias llegaban a la conclusión de que la postura a adoptar sobre la maternidad subrogada debía ser contraria, pero las razones que daban eran diversas, si bien sólo hemos visto la opinión de tres renombrados autores entre los muchos que intervinieron en el mismo, y algunos consideraban que debía permitirse si era por problemas de infertilidad como el caso de Encarna ROCA TRÍAS.

Actualmente la doctrina contraria basa su oposición a la maternidad subrogada en lo establecido en la Ley de Reproducción humana asistida, con fundamento en dos argumentaciones principales conforme a las cuales se establece que:

- La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución viene determinada por el parto, por aplicación del aforismo jurídico romano *mater semper certa est* cuyo significado consiste en considerar que la madre es quien da a luz. Desde un punto de vista jurídico, existe la presunción de Derecho de que la madre es la que “alumbra” al hijo, la que da a luz mediante el parto.

El aforismo romano, que no admitía prueba en contrario, dado que hasta hace poco más de 30 años se desconocían las técnicas de reproducción medicamente asistida, presenta en la actualidad diferencias considerables.

- Es "nulo de pleno derecho" cualquier contrato por el que se acuerde la gestación por parte de una mujer en favor de terceros, según deriva claramente de la disposición contenida en el artículo 10 de la LTRHA⁸.

Respecto a ello, la normativa española coincide con las legislaciones de otros países, como Francia e Italia, que tampoco admiten la gestación por sustitución. La nulidad en estos países de llevar a cabo la gestación por sustitución, al igual que ocurre en el ordenamiento español, supone que la filiación se determinará por el parto, de manera que, a efectos legales, ha de considerarse siempre como madre a la gestante, y no a la biológica (en el caso de que sean distintas). Al margen de esta prohibición legal expresa no puede negarse que la figura de la maternidad subrogada se encuentra en una posición de contradicción respecto a principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico español; tales como que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, es decir que el niño no puede ser objeto de transacción, requiriendo el debido respeto a la dignidad de la persona y a su integridad (artículos 10.1 y 15 CE). También el Código Civil en su artículo 1271 establece que “podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”, exigencia que se completa con el artículo 1275, que impide la producción de efectos de los contratos con causa ilícita, preceptos que impiden tajantemente que la vida humana sea objeto de contrato.

Por los artículos que acabamos de citar del Código Civil, aunque no existiese en nuestro ordenamiento jurídico norma prohibitiva como es el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, el

⁸ “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

contrato seguiría siendo nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto, y en consecuencia no generaría para la mujer gestante la obligación de entregar al nacido tras el parto. No es lícito porque el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral contrario a las buenas costumbres y a la legislación vigente, ya que además de vulnerar una norma prohibitiva, el artículo 1271 del Código Civil establece que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, lo cual que determinaría la nulidad radical de la convención.

La gestación por sustitución supone una explotación de la mujer debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas o, como consecuencia del llamado turismo reproductivo, del cual hablaremos más adelante en este trabajo, a la utilización de las mujeres de los países del tercer mundo o periféricos, por las mujeres de países del primer mundo. Estos acuerdos, también implican, la manipulación del cuerpo femenino, como consecuencia de distintos tratamientos a los que debería someterse la mujer para para alcanzar el embarazo. En este sentido, se sostiene que la gestación por sustitución importa una cosificación de la mujer en virtud de que la gestante se convierte en un mero “ambiente” o “incubadora humana” para el hijo de otra persona. Esta cosificación atenta: en primer lugar, contra la libertad y autonomía de las mujeres debido a que éstas no consienten libremente. Se afirma por ello que “es discutible si las mujeres están eligiendo libremente, o si su voluntad está socialmente y económicamente influenciada”. Pero aún siendo el caso de que no se remunere a la mujer gestante (amiga o pariente) se discute de igual manera. Y en segundo lugar, va contra la salud física de la mujer, en tanto el procedimiento puede afectar la salud de la gestante; y contra la integridad psíquica de la mujer, en virtud de que las gestantes no pueden, de antemano, predecir cuáles serán sus actitudes hacia los niños que dan a luz.

Sin perjuicio de lo apuntado, se resaltan los posibles menoscabos para los niños que nacen como consecuencia de esta práctica. Por las dificultades de aceptación social y por los inconvenientes que puede generar el tener que hacer frente a varias figuras maternas. Además, se sostiene que recurrir a la gestación por sustitución supone convertir al hijo en objeto de comercio debido a que atiende más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto. Se argumenta que la gestación por sustitución plantea problemas de difícil solución en el

caso de aborto y suponen muchas veces en fraude a las normas de adopción, llegando a rondar tipos delictivos como la compraventa de niños y la suplantación de identidad.⁹

Cabe destacar la siguiente consideración: “ el contrato de gestación por sustitución es nulo porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tal elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo”.¹⁰

Es cierto que otras razones que llevan a defender la prohibición de los vientres de alquiler en Derecho español son muy diferentes y están relacionados con el hecho de que es prácticamente imposible diseñar un armazón legal capaz de prevenir, o en su caso, resolver eficazmente las incidencias que pueden derivarse de esta práctica, como posibles reclamaciones de madres subrogadas, eventuales renunciaciones de los hijos encargados y otras vicisitudes que puedan incidir sobre este tipo de relación contractual.

2.2. Posturas favorables.

La doctrina internacionalista se muestra favorable a la maternidad subrogada, sobre la base de considerar que la maternidad subrogada es manifestación derivada del “derecho a procrear” implícito en los derechos fundamentales a la libertad y la dignidad humana, a formar una familia y al libre desarrollo de la personalidad. Se aduce en tal sentido que la maternidad subrogada no se justifica solamente por la salvaguarda de la dignidad humana, sino que contribuye a asegurar otros valores fundamentales tales como la protección del matrimonio o de la familia, particularmente en su tradicional actividad procreadora¹¹. Se recurre a la libertad reproductiva que supone la libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y al derecho de las gestantes a servirse

⁹ V. al respecto, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *El tráfico de niños para su adopción ilegal, el delito del artículo 221 del código penal español*. Ed. Dykinson, S.L., Madrid.2003.

¹⁰ SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm 6/2011 (parte Estudio). Pamplona. 2011. Página 4.

¹¹ Así, entre otros autores, SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social* nº 9/2013. Ed. Aranzadi Pamplona.2013, CALVO CARAVACA, A.L., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2009), Vol.1, Nº 2, pp. 294-319.

libremente de su cuerpo. Se alude a que si una de las principales objeciones esgrimidas por la parte contraria por las cuales la gestación por sustitución es porque es inmoral, esta parte de la doctrina entiende que el argumento es antiguo y está más que desacreditado. La opinión de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral ha sido refutada con éxito hace más de 150 años por Jhon Stuart Mill, que introdujo el “principio del daño”, un hito de valor incalculable para cualquier sociedad liberal y pluralista. Por lo tanto, se razona que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan menoscabar a otros.

En lo referente a la explotación o cosificación de la mujer gestante se establece que tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay qué hablar de explotación, ni aún interviniendo dinero. El argumento de la explotación se considera paternalista y menosprecia la capacidad de consentir de la mujer. Para alguno, el hecho de que la gestación por sustitución sea comercial tampoco justifica que la subrogación deba prohibirse o que los contratos de gestación por sustitución no puedan ser ejecutables¹². Se entiende que el argumento de la cosificación o comercio priva a la mujer del derecho a la privacidad y autodeterminación y la trata injustamente respecto a las agencias de adopción y clínicas de fertilidad, desde que sí se aceptan pagos a éstas pero no a las mujeres que están dispuestas a cambiar sus vidas por nueve meses para traer un niño al mundo.

Se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para argumentar a favor de la regulación y admisión de esta figura en atención a que es la única opción que tiene una pareja de dos varones de tener un hijo genéticamente propio. Y todo esto en base a que no hay solución para quien quiere ser madre jurídica internacional, pero necesita de otra para gestar, ya que por razones biológicas o médicas, como por ejemplo para los casos de carencia congénita de útero (síndrome de Rokitanski). En cambio, si la mujer que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, con que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal que pretende ser.

Si se tiene en cuenta la alternativa que para dicho propósito supone la figura jurídica de la adopción¹³, parece coger más fuerza la justificación de la gestación por sustitución por las siguientes razones:

- Los arduos y largos procesos para adoptar un niño impulsan a muchas parejas a buscar otras alternativas.
- Ha descendido el número de niños dados en adopción (especialmente en EE.UU).
- No es justo ni moral establecer un doble estándar para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí los tienen: deber moral de adoptar para unos y exclusión del mismo para otros¹⁴.
- La gestación por sustitución permite que al menos un comitente aporte su material genético.

Se argumenta que la gestación por sustitución no vulnera la salud física o psíquica de la gestante. Los estudios no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes. Es muy difícil construir una teoría sólida sobre la influencia y la naturaleza del intercambio prenatal, ya que depende de cada mujer y aparenta ser totalmente singular.

Para terminar, importa destacar que con esta particular forma de procreación no se viola el interés superior del niño, debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. El interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un

¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *"Filiación, adopción, alimentos y sucesiones"*. Ed.Thomson. Vol I.2012

¹⁴ Se puede ver como los Gobiernos cierran las puertas a la adopción por parte de homosexuales y solteros a través de la noticia publicada en el periódico, el PAÍS de fecha 10 de julio de 2013: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/19/actualidad/1374259229_192034.html.

En el artículo se ve reflejada la dificultad que tienen estos colectivos de la sociedad a la hora de llevar a cabo procesos de adopción. Cada vez la adopción se ve más dificultosa y de rebote se ha visto extendido a los solteros heterosexuales.

Se puede ver como Rusia prohibirá por ley la adopción de niños por parejas homosexuales a través de la noticia publicada en el periódico, ABC de fecha 11 de junio de 2013: <http://www.abc.es/sociedad/20130611/abci-rusia-adopcion-parejas-homosexuales-201306111143.html>.

Y como unos días más tarde La Duma rusa aprueba la ley que prohíbe adoptar niños rusos a parejas homosexuales extranjeras, noticia publicada en el mismo periódico de fecha 21 de junio de 2013: <http://www.abc.es/sociedad/20130621/abci-rusia-prohibe-adoptar-homosexuales-201306211719.html>.

marco legal que lo ampare y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo dicho, no se puede dejar de advertir que de esa práctica nace un niño y que el interés superior exige que esa filiación sea reconocida legalmente.

3. Notas sobre el debate en torno a la Gestación por Sustitución¹⁵.

Ante la situación de imposibilidad de inscribir la filiación en España de los hijos nacidos mediante esta técnica de gestación subrogada en países permisivos, como California, y la problemática surgida con ello ha originado un debate sobre la necesidad de su legalización. La polémica estaba servida, puesto que juristas no se ponían de acuerdo teniendo opiniones totalmente contrapuestas: mientras unos abogaban por una reforma de la ley de Registro Civil para evitar el tipo de situaciones que se estaban creando y adaptar la norma a la realidad social que se estaba viviendo. Otros, creyeron que esto no sería conveniente, dado que sería prácticamente imposible diseñar un armazón legal capaz de prevenir o, en su caso, resolver eficazmente las incidencias que puedan derivarse de esta práctica. Se alegaba que hay que adelantarse a posibles reclamaciones de las madres subrogadas, eventuales renunciaciones de hijos encargados, entre muchas de las circunstancias que puedan producirse. Y esto debido a que “cualquier fleco que se deje abierto puede dar origen a problemas en los Tribunales”, según palabras del Director de la Cátedra de Derecho y Genoma humano de las Universidades del País Vasco y de Deusto, Carlos ROMEO CASABONA¹⁶

En España es que no se ha optado por la legalización de esta técnica, el camino seguido ha sido otro: las medidas adoptadas por la reciente Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DRGN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Pues, aunque la legislación prohíba la gestación por sustitución y sea nulo todo acuerdo, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, de 5 de octubre de 2010, permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en los países

¹⁵ MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA. A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2014, ed. Aranzadi .2013

¹⁶ ROMEO CASABONA, C., en VVAA, *Biotechnología, derecho y dignidad humana*. Editorial Albolote. Granada 2003.

cuya normativa la permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. Es decir, permite el acceso al registro de los casos “extranjeros”.

3.1. Turismo reproductivo consecuencia de la diversidad de respuestas.

Este nuevo término puede definirse como: el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las Técnicas de Reproducción Asistida. De forma más exacta sería; el fenómeno que se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de técnicas de reproducción asistida desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla. La expresión “turismo reproductivo” resulta, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador.

Como ha señalado la doctrina¹⁷ este tipo de turismo causa preocupación por varias razones:

- a) Resulta únicamente una opción para aquellas personas que pueden permitírselo económicamente.
- b) Pero no es posible un control absoluto respecto a la calidad o seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las madres y los niños, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos.
- c) Tiene el inconveniente de dejar entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio, Los términos *baby business* (negocio de bebés) o “industria reproductiva” también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio.

Los problemas generados como consecuencia del turismo reproductivo son, en síntesis los siguientes:

- a) La incapacidad de los comitentes y del niño de volver a su país debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje para el niño, situación

¹⁷ LÓPEZ GUZMÁN, J., y APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos de bioética*, Vol. 23, nº 78, 2012, págs. 253-268.

producida especialmente respecto de los niños que nacen en India, Rusia y Ucrania por ejemplo. Estos países conforme a sus leyes, consideran padres a los comitentes pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes tienen que solicitar un pasaporte ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones y por diversas razones les es denegado.

Como resultado de esto, el niño es apátrida y con filiación incierta. El niño se encuentra en un limbo jurídico y “atascado” en estos Estados y los comitentes no pueden continuar allí indefinidamente, debido a los controles de inmigración.

De esta forma, son muchos los niños que han quedado atascados en los países en los que han nacido como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución y, en algunos casos, los comitentes hasta se han visto forzados a recurrir a estrategias que han derivado en la comisión de ilícitos penales para sacar al niño de ese país.

- a) El estado de los comitentes no reconoce la filiación reconocida en el otro Estado en que tuvo lugar el acuerdo de gestación por sustitución por razones de orden público:

Esto ocurre, en general, en los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución se realizó en los EE.UU. Conforme a su normativa, el niño que nace allí adquiere la ciudadanía de EE.UU y por lo tanto, podría viajar de regreso a su país con un pasaporte estadounidense. Las dificultades, no obstante, comienzan cuando regresan a su país de origen y los comitentes procuran la inscripción del certificado de nacimiento extranjero de donde surge la filiación o mediante una acción judicial/ administrativa procuran que se reconozca el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño y esto es denegado, principalmente, por razones de orden público.

Como consecuencia de todo lo anteriormente explicado: el niño es residente en un Estado que no reconoce a sus padres como sus padres legales, lo que afecta al derecho del niño a la filiación, a adquirir una nacionalidad, el derecho del niño a la identidad, la obligación de los Estados de asegurar que los niños no sean apátridas, con todas sus consecuencias prácticas.

3.2.Hacia una convención internacional

Ante esta situación de conflictos y el limbo jurídico en el que se encuentran hoy muchos niños, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución cuya premisa es como los casos de gestación por sustitución internacional aumentan día a día, se requiere de manera urgente una regulación internacional que contemple este inevitable problema socio-legal.¹⁸

4.La gestación por sustitución en el Derecho Español

La Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN supuso una novedad muy importante respecto a la problemática anteriormente mencionada relativa a las parejas que, al llegar a España, no podían inscribir a los hijos obtenidos mediante maternidad subrogada, en países que si permitían su práctica, un ejemplo claro sobre el tema es el ya conocidísimo caso VALENCIANO¹⁹ en relación con la paternidad atribuida en California a un matrimonio español formado por dos varones que a través de un contrato de alquiler de útero llegaron a un acuerdo con una mujer californiana que les “alquiló” su útero y fue inseminada con el semen de los dos hombres españoles y con óvulos donados por otra mujer.²⁰

Los bebés figuraban en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades americanas como hijos de estos dos hombres y ni siquiera aparecía el nombre de la “madre de alquiler”. La documentación aportada junto a los certificados de nacimiento de los menores, la constituía los certificados de nacimiento de los promotores y libro de familia de los interesados, con inscripción matrimonial del año 2005. El Consulado de España en los Ángeles denegó la inscripción de los bebés como hijos de esta pareja de valencianos, casados tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que permite contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. El Consulado argumentó su negativa por la “categórica prohibición” de la maternidad subrogada en la legislación española.

¹⁸ LAMM, E., “Gestación por sustitución”. *Indret* 3/2012. Barcelona 2012, pág 28-32.

¹⁹ Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia. Sentencia núm. 193/2010 de 15 septiembre. AC 2010\1707.

²⁰ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), Vol. 1,nº 2, pp. 294-319

A juicio del Consulado, procedía la inscripción solo a favor de uno de los hombres y, en todo caso, tramitar una adopción por el cónyuge, algo a lo que los interesados se negaban porque, según ellos, el proceso de adopción lleva su tiempo y en el intervalo podría haberse dado situaciones como separación de los cónyuges, muerte del padre inscrito como biológico etc, que amenazara la relación del otro con los niños, como por ejemplo que los abuelos se negaran a facilitarles las visitas, rebajando su protección. Además ellos alegaban que los bebés eran hijos de los dos por igual. El Ministerio de Justicia revocó esta decisión estimando un recurso promovido por el matrimonio gay. Son varios los argumentos en los que se basó para estimar la pretensión.

La DGRN pone de relieve que nada impide en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 RRC. El control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil Español no exige que éstas sean decisiones “idénticas” a las que se adoptarían en España, sino documentos públicos adoptados por una autoridad competente que desempeñe “funciones equivalentes” a las de las autoridades registrales españolas (en este caso particular, constatación de nacimiento y filiación del nacido), y que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional español.

Además la certificación registral californiana constituye una “auténtica decisión” que no vulnera el orden público internacional ni lesiona principios jurídico básicos del derecho español, ya que se admite la filiación entre varones o entre dos mujeres en caso de adopción, porque en España está prohibida la discriminación por razón de sexo, tal y como establece el artículo 14 de la CE sin que quepa distinguir de esta forma entre hijos adoptados e hijos naturales, siendo ambos iguales ante la ley.

No permitir que la filiación de los nacidos constase a favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, de acuerdo también con el ya mencionado artículo 14 de la CE , puesto que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres. De conformidad a este último, “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. La Resolución citada sostiene también que, el interés superior del menor reconocido por el artículo 3 de la

Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York en 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres. Y en este sentido, se alega su derecho a una “identidad única” que se traduce en “una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que decidan cruzar las fronteras”. Ambas cosas quedarían garantizadas precisamente procediendo a la inscripción en nuestro Registro Civil de la certificación registral californiana.

Al respecto la Resolución concluye que a pesar de que los contratos de gestación por sustitución están prohibidos expresamente en España, ello “no es aplicable a este caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera pueda acceder al Registro Civil Español con los mismos efectos”. Afirma que “estos menores nacido en California ostentan la nacionalidad española, porque según el artículo 17.1 del Código Civil español, son , españoles de origen los nacidos de español o española” señalando que “el citado precepto se refiere a los nacidos de padre o madre españoles y no a los hijos de padre o madre españoles”. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado “determinado legalmente” la filiación. Es suficiente que quede acreditado el “hecho físico de la generación”. Por ello, para considerar “nacido” de español a un individuo, basta con que consten “indicios racionales de su generación física por progenitor español”.

A raíz de estos argumentos por la DGRN han sido realizadas algunas observaciones²¹ consistentes en los siguientes razonamientos argumentales y legales:

- No parecen existir indicios racionales de la generación física de los nacidos en cuestión por parte de un progenitor español. Como mucho, esa generación física podría atribuirse en su caso, y previas las pruebas pertinentes, a uno de los dos varones cuya paternidad se pretende (dado que ellos otorgan su material genético para llevar a cabo la técnica reproductiva).

²¹BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos *made in california*” *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2009, (Tribuna), Ed. Aranzadi, Pamplona. 2009.

SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm 6/2011 (parte Estudio). Pamplona. 2011.

- Las diferencias que estriban entre hijos adoptados e hijos naturales no derivan de discriminación por razón de nacimiento. Así lo demuestra la continuada vigencia de la disposición transitoria segunda de la Ley 21/1987 en materia de adopción.

Aunque en términos generales nuestra regulación de la adopción atribuya los mismos derechos a los hijos por naturaleza que a los hijos por adopción, existen claras diferencias entre el régimen jurídico de unos y otros, como resulta del artículo 179 y del artículo 180.2 de nuestro Código civil.

- El interés superior del niño, exige ciertamente que estos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, pero para eso estaría precisamente la adopción.
- No puede alegarse que la Resolución no propicie un fraude de ley. Ya que a partir de la misma, todos aquellos matrimonios que deseen tener hijos naturales a través de la gestación por sustitución, tanto si se trata de matrimonios heterosexuales como homosexuales, sabrían cual es el cauce. Esta Resolución dejaría así la puerta abierta para defraudar la prohibición del artículo 10 de la Ley 14/2006.
- La inscripción en el Registro Civil de hijos naturales por medio de esta técnica no es cierto que estaría en total sintonía con el orden público internacional. Es manifiestamente contrario a la dignidad que nuestra Constitución y nuestra sociedad reconoce a la mujer. Contraria a los principios básicos de nuestro Derecho.

Por todo lo expuesto anteriormente, la Fiscalía de Valencia recurrió²² la inscripción realizada mediante la referida resolución de la DGRN respecto a la posible existencia de un fraude documental, ya que en la documentación presentada no figuraba ninguna madre (lo legal en EE.UU., pero no en España). Dicho recurso fue admitido a trámite por el Juzgado de primera instancia nº15 de Valencia que, en resolución de 15 de septiembre de 2010, deniega, en contra de lo establecido por la DGRN²³, la posibilidad

²² Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) num. 826/2011 de 23 noviembre. [AC\2011\1561].

²³ Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 16 mayo 2012. [JUR\2012\176647].

de inscribir como hijos de ese matrimonio homosexual formado por dos varones a los gemelos menores concebidos en los Ángeles mediante gestación por sustitución²⁴.

Lo que esta sentencia plantea es la posibilidad de que el padre biológico de los menores ejercite la acción de reclamación de la maternidad y que, posteriormente, la madre gestante renuncie a sus derechos de modo que el otro cónyuge pueda adoptarlos.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado hay que tener en cuenta el análisis de los diferentes artículos que entran en conflicto y como deben ser entendidos junto con sus problemáticas, tal y como se pasan a explicar a continuación en los siguientes apartados de este mismo epígrafe.

4.1.El artículo 15 LRC de 1957²⁵, la inscripción del nacimiento en el Registro civil español y la cuestión del “doble espejo”.

Entra en escena el artículo 15 LRC que exige que el nacimiento haya tenido lugar en España o que el nacido ostente la nacionalidad española. El primer supuesto no concurre; dado que los menores como ya se ha expuesto al comentar el caso, nacieron en California. La duda surge en relación con el segundo párrafo del citado artículo 15. A tal efecto el artículo 17.1.a) Cc se uniría al análisis jurídico. Este último precepto indica que son españoles de origen “los nacidos de padre o madre españoles”. A partir de aquí, la DGRN acoge y recibe en la RDGN de 18 de febrero de 2009 su propia y tradicional interpretación del precepto.

El citado art. 15 LRC, pudo haber hecho mención a los “hijos” del padre o madre españoles pero prefirió emplear el término “nacidos” para evitar el problema del llamado *circulus inextricabilis*, “doble espejo”, o “problema circular”, típico en estos supuestos. Este problema surge cuando la determinación de la “nacionalidad” se vincula a la cuestión de la “filiación” y, al mismo tiempo, la cuestión de la filiación se vincula a la determinación de la nacionalidad del nacido. Así es, porque para concretar la

²⁴ V. al respecto FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *cit.*, pág 7-12.

CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009”, *cit.*, pág 295-296.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. *InDret 3/2009*. Barcelona 2009, pág 12-14.

²⁵ El art.15 LRC que se cita en la Resolución de la DGRN ha sido sido modificado posteriormente por la LRC 20/2011 de 21 de julio de 2011,, que actualmente se encuentra en en *vacatio legis*.

“filiación” que corresponde al sujeto es necesario conocer cuál es su nacionalidad. (así lo exige el artículo 9.4 del Cc “ la filiación se rige por la Ley nacional del sujeto”). Pero es que para determinar la nacionalidad del sujeto, es preciso conocer antes su filiación y saber quiénes son sus padres. El *circulus inextricabilis* se rompe con la expresión “nacidos” de padre o madre españoles, que hoy emplea el vigente texto del artículo 17.1.a) Cc. Por medio de esta expresión puede afirmarse que no es exigible que haya quedado determinada legalmente la filiación del sujeto respecto de un padre o de una madre de nacionalidad española. Por lo tanto, será suficiente con que se pruebe el “hecho físico de la generación” del nacido. En estos términos, debe considerarse que un sujeto es “nacido” de padre o madres españoles si resulta posible recabar “indicios racionales de la generación física del nacido por el progenitor español”.

4.2.La gran cuestión: “normas de conflicto de leyes” versus “normas de reconocimiento de decisiones”.

Los argumentos empleados por el Consulado español en Los Ángeles para proceder a la denegación de la inscripción del acta registral californiana en España han sido expuestos anteriormente, pero podemos unificarlos sobre un único fundamento jurídico: la filiación que constaba en la certificación registral californiana no se ajustaba a la Ley sustantiva española. La madre de los nacidos es, por tanto, la mujer que da a luz a los mismos.

Esta regulación constituye el efecto jurídico de la nulidad de pleno derecho de los contratos de “maternidad subrogada” en nuestra legislación. La DGRN, de modo contundente, indica que, en este caso la cuestión controvertida de quienes son los padres de los niños nacidos en California, no suscita un problema de “Derecho aplicable a la filiación”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” (extranjeras) en España (argumento de autoridad). En consecuencia para decidir en torno al eventual acceso de la decisión registral californiana al Registro civil español, las autoridades registrales españolas no deben aplicar las normas de conflicto españolas y tampoco deben aplicar la Ley sustantiva designada por tales normas de conflicto.

Las autoridades españolas deben proceder a la aplicación de otro conjunto distinto de normas: las normas específicas que, en Derecho internacional privado español, disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. En consecuencia no se trata de decidir qué Ley rige la filiación de los nacidos

en California. Tampoco se trata de decidir quién gana una hipotética “batalla entre normas de conflicto” que se desarrolla entre la norma de conflicto californiana y la española. Toda la Resolución de la Dirección General gira en torno a esta fundamental perspectiva de su procedimiento.

La perspectiva del “reconocimiento de decisiones” potencia y facilita la vida internacional de los particulares. Cuanto más elevada es la movilidad internacional de los particulares, mayor es la necesidad de reconocimiento, en otros Estados, de las situaciones legales creadas en un Estado. El reconocimiento es un mecanismo que dinamiza de un modo extraordinario la vida internacional de los particulares (evita la repetición de procesos y litigios en otros países).

La norma de conflicto debe aplicarse, exclusivamente cuando es necesario determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales que se plantean, por vez primera, ante las autoridades españolas. No debe aplicarse cuando ya existe una “decisión” pronunciada por autoridad registral extranjera²⁶. No es ése el lugar ni el momento correcto en el que debe operar. En efecto, el artículo 9.4 del Código Civil es aplicable, exclusivamente, cuando se insta a través de declaración del sujeto, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un español en el extranjero. Sólo en dicho supuesto, el encargado en el Registro debe determinar la filiación del nacido mediante la Ley material la que remite el art 9.4 Cc. Porque debe subyacerse y nunca se hará con el suficiente énfasis, que, a la hora de regular las cuestiones de “Derecho aplicable”, las normas de conflicto no son “prescindibles”, sino que son aplicables de oficio, como indica el artículo 12.6 Cc y como recuerda la misma RDGRN 18 de febrero de 2009. En consecuencia, si se trata de un nacido que ostenta la nacionalidad española, el Encargado del Registro Civil español aplicará, ex artículo 9.4 Cc, la ley sustantiva española y en consecuencia, también en su caso, la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre reproducción humana asistida.

²⁶ RDGRN 18 de febrero 2009. FD II *in fine*: “Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art’. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas de conflicto sustantivas españolas que determinan la filiación”.

Por tanto, el método basado en el análisis de los conflictos de leyes se aplica cuando es necesario encontrar y hallar la Ley aplicable a una situación privada internacional. Dicha norma determina, en efecto, qué Ley estatal es aplicable al caso. Dicha ley estatal constituye la base de razonamiento judicial. El “método del reconocimiento”, por el contrario, encuentra aplicación en presencia de una “decisión extranjera” en la que la autoridad pública ya ha encontrado y aplicado una concreta Ley estatal al fondo del asunto. Este método del reconocimiento exime de la búsqueda de la Ley aplicable a la situación privada internacional. Tiene presentes las normas jurídicas concretas ya aplicadas por una autoridad judicial o administrativa extranjera. Por lo tanto, la autoridad del Estado ante el que se hace valer la decisión dictada en otro Estado sólo debe decidir si otorga o no otorga efectos jurídicos a la decisión extranjera. En este método la base del razonamiento judicial no es la norma de conflicto, sino las normas que regulan la cuestión de saber si las decisiones extranjeras deben surtir efectos jurídicos en un concreto estado. Si bien, el método del reconocimiento busca que las personas (menores afectados) no vean modificado su estado civil (identidad registral), válidamente adquirido, por el hecho de que pasen a residir a otro territorio.

Sin embargo aún es posible atender, dentro del método del reconocimiento, al *exequátur* de la decisión californiana que establece la filiación (doble paternidad) de los menores, sobre la base de primer párrafo del artículo 83 del Reglamento Civil. A falta de normas específicas para los actos de jurisdicción voluntarios relativos a la maternidad subrogada ha de acudir a las normas de reconocimiento o de *exequátur* que en este caso, tratándose de decisiones judiciales procedentes de California, se sujetarían al régimen común del artículo 954 LEC y siguientes, a falta de convenios internacionales con los Estados Unidos (artículo 951 LEC). En este marco no hay control incidental²⁷. Sin embargo, el procedimiento seguido por los particulares ni conduce al reconocimiento de la sentencia californiana dentro del procedimiento de homologación o de *exequátur*.

El *exequátur* de la sentencia californiana que establece la doble filiación paterna de los menores no supone una revisión del fondo del asunto, salvo en la medida que fuera indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro

²⁷ Sin embargo, la referencia que la DGRN hace a algunos requisitos de *exequátur* pudiere dar a entenderlo, pues tiene en cuenta algunas de las condiciones o requisitos del *exequátur* (v. gr., la competencia judicial internacional de las autoridades californianas).

ordenamiento a través del límite del orden público internacional, criterio éste consagrado tanto en la teoría general del DIP como por el Tribunal Constitucional²⁸. Tampoco supone, en nuestra jurisprudencia, un control relativo a la ley aplicable. El método del reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero excluye el control conflictual, al considerar que una situación que ha sido válidamente constituida en el Estado de origen debe ser reconocida en los otros Estados. El método implica, el considerar que tal derecho es el ordenamiento competente o de referencia, cuyas autoridades han dictado una sentencia justa aplicando sus normas de conflicto. En definitiva, el control conflictual se realiza en el estado de origen y no en el estado de reconocimiento.

La exclusión del control conflictual se ha visto reforzada en un ámbito europeo. Se desplaza el control al país de origen en el marco de la confianza mutua entre estados Miembros y del reconocimiento mutuo. Sin embargo, un tal reconocimiento es más posible dentro de un marco comunitario donde los criterios de competencia son uniformes, y donde se tiende a suprimir el *exequátur* al considerar las decisiones de los otros Estados Miembros como nacionales dentro de un espacio común integrado.

Con el Estado de California existen relaciones paritarias u horizontales y encontradas, pues se trata de una materia en las que los distintos países están interesados en mantener sus políticas legislativas o gubernamentales. Las soluciones no pueden tener como resultado final sacrificar las propias concepciones en favor de las de otro Estado en el marco de un supuesto reconocimiento mutuo. Este tiene como presupuesto la existencia de un orden público común o de cierta homogeneidad legislativa. La alusión que hace la DGRN, a que California es un "Estado amigo" no es suficiente. Sólo las normas supra-nacionales relativas a los derechos del Niño, aplicadas al caso, pueden coadyuvar al reconocimiento de la filiación en el interés de los menores.

El reconocimiento puede reforzarse con las normas supra-nacionales (artículo 3 del Convenio de Nueva York). Si bien, en este caso, exigen no sólo el respeto al interés del menor sino al interés superior del Niño en general. No hay, jerarquía normativa con las normas o las decisiones dictadas en el Estado Californiano. No hay reconocimiento mutuo privilegiado. Existe un reconocimiento de las relaciones relativas a la filiación que está sujeta a las condiciones del régimen común (artículo 945 y ss de la LEC). El

²⁸ STC,(Sala 2ª), Sentencia núm. 54/1989 de 23 febrero. RTC 1989\54.

método del reconocimiento de las situaciones presupone un cierto alejamiento inicial de la situación con el país al que se solicita el reconocimiento. Es decir, la ausencia de fraude, pues sería sancionado el que se "deslocalizara" o internacionalizara artificial o ficticiamente la situación jurídica para eludir a las autoridades y la ley de país en el que, ahora, se pretende hacer valer la decisión adoptada (Estado de reconocimiento). Si tal fuera el caso, no estaríamos ante una suerte de derechos "válidamente" adquiridos ni ante la necesidad de respetar las "legítimas", "ciertas" o "fundadas" expectativas de las partes.

La aplicación del método de reconocimiento resulta transparente e indiscutidamente clara en presencia de decisiones judiciales extranjeras. Estas decisiones siguen el régimen del método del reconocimiento y no del método conflictual. Son decisiones que producen efectos procesales de "cosa juzgada material" y en las que la autoridad judicial "decide" sobre los derechos y obligaciones de los particulares y "declara", de modo definitivo" el estado jurídico de la cuestión debatida.

Las cosas se complican cuando debe decidirse qué método emplear en relación con resoluciones dictadas por autoridades estatales no judiciales, como las autoridades administrativas, que suelen dictar "pronunciamientos" en los que no resuelven conflictos legales entre los particulares. La clave de esta respuesta afirmativa reside en el carácter y grado de la intervención de la autoridad californiana en la formación de la solución jurídica contenida en la certificación registral²⁹.

Ahora bien, el hecho de considerar la certificación registral californiana como una "decisión" no supone equipararla a una sentencia judicial extranjera. Las sentencias judiciales producen efectos de cosa juzgada y establecen un estado definitivo en Derecho de las posiciones jurídicas de los particulares. Lo declarado en la sentencia se tiene por verdadero en Derecho. No es el caso de la certificación registral. Una vez que dicho documento público extranjero supera en España, en su caso, el método del reconocimiento, no será tratado como una "sentencia judicial" sino como lo que realmente es, es decir, como un "título apto para la inscripción en el Registro Civil" que, una vez inscrito en dicho Registro, surte los efectos propios del mismo.

²⁹QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *cit*, pág 12-1-

NANCLARES VALLE, J., "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2008 - 8/2008. 2008.

4.3.El artículo 81 RRC. Círculo hermenéutico y posibilidades

El citado artículo indica: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o los tratados internacionales”³⁰. El precepto que parece no decir gran cosa y anticuado hoy día. A pesar de ello tal y como afirma CALVO CARAVACA³¹ es un buen reflejo de diversas ideas que constituyen el círculo hermenéutico de este precepto y que pueden acotarse en las que siguen:

- Cuando se dispone de documento auténtico, sea original o testimoniado, expedido por autoridades extranjeras judiciales, administrativas o notariales, no es esencial, para practicar una inscripción en el Registro Civil español, instar *ex novo* dicha inscripción.
- Dicho documento judicial, administrativo o notarial extranjero, configura el “título para inscribir el hecho de que da fe”.
- No es suficiente la mera presentación de dicho título para lograr la inscripción en el Registro Civil español. Dicho título extranjero debe superar un control de “legalidad”, sólo superado dicho control, el documento extranjero tendrá fuerza en España.
- Existen dos modos de lograr la superación de este control de legalidad: por un lado, si resulta aplicable un instrumento legal internacional, dicho texto legal fijará el nivel, profundidad, y procedimiento de dicho control; Por otro lado, a falta de tal instrumento legal internacional, también es posible lograr la superación del “control de legalidad” mediante los procedimientos recogidos en las leyes españolas.
- El artículo 81 RRC, en su parquedad, no ofrece ningún elenco concreto de los requisitos que debe satisfacer el documento registral extranjero a fin de poder practicar la correspondiente inscripción en el Registro civil español con base en el título registral extranjero.

³⁰ Reglamento del Registro civil, publicado en el BOE núm.296 de 11 de diciembre 1958 y corrección de errores en BOE núm.18 de 21 de enero 1959.

³¹ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009”.*cit*, pág 306-307.

Así como se ha expuesto lo que el artículo 81 RCC exige, es importante destacar lo que el mismo no exige: que la solución proporcionada por las autoridades registrales extranjeras sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. El artículo 81 RCC requiere que las certificaciones registrales superen su control de legalidad, “pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico o como lo habría resuelto una autoridad registral española”.

Existen diversas razones para considerar que no debe exigirse que la “solución californiana” respecto a la cuestión de la filiación de estos menores sea igual a la “solución española”:

- Dicha exigencia habría sido irrazonable, pues las autoridades registrales extranjeras aplican “sus” propias normas de conflicto para determinar la Ley reguladora de la filiación de los nacidos en California. Exigir una completa identidad entre la solución californiana y la solución española resulta chauvinista, provinciano, e imperialista, pues pensar que las autoridades registrales californianas van a resolver las cuestiones jurídicas con las normas de conflicto españolas en la mano, es querer el sistema español de normas de conflicto al mundo entero.
- En la idea de reducir los “costes de transacción conflictuales”. Lo más frecuente será que las autoridades registrales californianas hayan solventado el caso mediante la aplicación de normas jurídicas sustantivas distintas a las que habría aplicado la autoridad registral española. Ello conduce a la “compartimentación espacial de la solución jurídica”. Los nacidos en California tendrían una determinada filiación en California, pero dicha solución resultaría inefectiva en España, de modo que los interesados tendrían que volver a plantear ex novo la inscripción de los menores en el Registro Civil español.

Ello vulnera la más elemental economía procesal y, en definitiva, acaba por elevar los costes de litigación para los particulares en el contexto internacional. Resulta interesante el razonamiento RGRN al indicar que los perjudicados, en este caso, serían no sólo los particulares, sino los Estados implicados (obligados a abrir “nuevos procesos” con coste para los aparatos registrales estatales y para

el erario público español, cuando, realmente, el proceso registral ya tuvo lugar en el extranjero).

- Apunta al carácter claudicante de la certificación californiana de nacimiento. En efecto, como se acaba de indicar, los nacidos en California podrían disponer de una determinada filiación en California, y de otra diferente filiación en España. Ello vulnera la seguridad jurídica en el contexto internacional. Para evitar este negativo resultado existe, precisamente, el Derecho Internacional Privado, cuya misión consiste en evitar que la división del mundo en Estados, con tribunales y autoridades públicas diferentes, con Leyes sustantivas diferentes, y con sistemas de normas de conflicto distintas, haga inestables las” posiciones jurídicas de los particulares”.

De este modo, al posibilitar la “importación” en España de las decisiones públicas extranjeras, se logra que las situaciones jurídicas de los particulares no cambien de un Estado a otro.

- Lo que se exige en el artículo 81 RRC, es que la certificación extranjera tenga “fuerza de ley”. Para integrar y descifrar esta expresión debemos acudir al artículo 954 LEC de 1981 todavía en vigor, que regula el *exequatur* en España de las sentencias extranjeras dictadas en materias de Derecho Privado, si bien la aplicación por analogía al citado artículo 984 LEC resulta improcedente. Es el legislador quien guarda silencio en lo respectivo al concepto propio de “fuerza de ley” contenido en el artículo 81 RRC, existiendo en España una laguna legal, al no contener los efectos legales que debe producir las certificaciones registrales extranjeras. Por ello al no poder acudir a la analogía, el sistema al que se acude es el de “elaboración judicial” o el que la Dirección General de Registros y del Notariado considere oportuno para que las certificaciones registrales adquieran esa “fuerza en España”, teniendo en cuenta los siguientes requisitos: en primer lugar no tiene que tratarse del mismo sistema legal al *exequatur* regulado en el artículo 954 de la LEC 1981, sino de un sistema legal que mediante su desarrollo legal oportuno, permita establecer los requisitos exigibles a las certificaciones registrales extranjeras. En segundo lugar, lo referido a la declaración de “fuerza de ley”, que puede obtenerse mediante un reconocimiento “incidental”. La autoridad ante la que se plantee la cuestión, es

la que valorará si la certificación surte efectos legales en España o por el contrario no es así. Y en tercer lugar, el sistema de eficacia legal en España de las certificaciones registrales extranjeras, que debe quitarse por dos de los principios fundamentales del *exequatur* establecido en el artículo 954 LEC de 1981; primero ha de tratarse de un sistema de “control de requisitos de regularidad internacional” y segundo entre los requisitos establecidos, no puede exigirse que la solución a la que ha llegado la autoridad extranjera sea idéntica a la que hubiera tomado la autoridad registral española, ni podrá llevarse a cabo una revisión de fondo de la primera.

4.4. La cuestión del fraude de ley y del *Forum Shopping*.

Debe subrayarse que en ningún caso se está en presencia de un “fraude de Ley”. La DGRN es tajante al respecto y mantiene una elaborada doctrina al recordar el lector que el “fraude de ley internacional” exige manipulación del punto de conexión de la norma de conflicto española. Con ello se crea una vinculación ficticia, aparente, puramente formal, entre el caso y un determinado país, cuya Ley los particulares desean ver aplicada al caso concreto. Para que exista “fraude de ley internacional”, por lo tanto, los particulares alteran el “sentido normal” de la norma de conflicto, ya que consiguen provocar la aplicación de una Ley estatal (en lo que respecta a su apariencia no al fondo de la misma) que es, la Ley del país más vinculado con el supuesto fáctico. En el fraude de ley, los particulares crean una “vinculación aparente” (para eludir la normal aplicación de la ley).

Es decir, habría “fraude de Ley internacional” en el caso de que los particulares hubieran fingido o creado la mera apariencia formal y legal pero sin contenido sustancial, consistente, por ejemplo, en presentar al nacido como un sujeto de nacionalidad norteamericana y domicilio en California. Ello habría provocado la aplicación de la ley californiana por un juez español que fuera competente para decidir sobre la filiación del nacido, ya que los tribunales españoles aplican a la filiación la Ley nacional del hijo (artículo 9.4 Cc). Pero no “viajan a otro país para litigar allí” y obtener una resolución extranjera que luego intenta “introducir” en España. En el presente caso, no existió ninguna alternación del punto de conexión de la norma de conflicto. No se manipuló ninguna “conexión”. No hay norma de cobertura y norma defraudada. En este caso, el término “fraude de ley” resulta inapropiado.

La DGRN subraya que tampoco se puede considerar que los interesados “hayan incurrido en el conocido como *Forum Shopping* fraudulento”. A este respecto conviene recordar que, según común doctrina, existe *Forum Shopping* fraudulento cuando los particulares “sitúan” la resolución de un caso ante los tribunales o autoridades de un Estado que no presenta un “relación sustancial” con el caso en cuestión. Para justificar que en el presente supuesto no existe *Forum shopping* fraudulento, la DGRN maneja tres argumentos:

- “La certificación registral californiana no es una sentencia judicial que cusa estado de cosa juzgada u que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*. En otras palabras, la DGRN afirma que las partes no han creado un status jurídico inalterable. Las partes han presentado ante el Registro civil español, simplemente, una “certificación registral extranjera que no prejuzga ni impide, en su caso, un recurso ante los tribunales españoles, que podrán eventualmente, establecer con carácter definitivo, la filiación de los nacidos en California”. La inscripción en el Registro Civil puede ser rectificada por decisión judicial posterior.
- El mundo está dividido en Estados y cada Estado tiene sus Leyes y sus aparatos judiciales y administrativos. Cada ordenamiento jurídico refleja una idea particular de “justicia”, tan legítima como otra. La solución que la ley californiana ofrece a los casos de gestación por sustitución, es tan “justa” como la solución española. Por mucho que la legislación española prohíba los contratos de gestación por sustitución, ello no puede ignorar que otros legisladores estatales, como el californiano, adoptan otra perspectiva sobre estas prácticas y que las consideran perfectamente legítimas y legales. La legislación californiana no desaparece por mucho que la legislación española sostenga totalmente lo contrario en relación con la filiación de los sujetos nacidos a través de técnicas de gestación por sustitución.
- Visto que no existe una regulación legal específica de esta cuestión y que, por lo tanto, dicho sistema se construye “por casos”, la DGRN indica que el ajuste de la certificación californiana con el orden público internacional español incluye la cuestión de un eventual *Bad Forum Shopping*. Es decir, incluso si se considera que los particulares han situado de un modo artificioso la cuestión jurídica de la

filiación de los menores en manos de las autoridades de California, debe primar sobre la sanción a dicho *Forum Shopping*, el interés de los menores, ya que se trata de un interés “superior” que se impone a otras consideraciones y que exige la “continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores”³².

4.5. Reflexión.

La RDGRN 18 de febrero de 2009 constituye una auténtica experiencia jurídica que prima sobre la experiencia normativa. Un viaje iniciático a través de los presupuestos, de los fundamentos, y de la función del Derecho Internacional Privado en el que la DGRN coloca en su sitio a la norma de conflicto, demuestra dónde se halla el ámbito propio del método del reconocimiento, explica por qué ambos métodos son diferentes y deben ser diferentes en sus objetivos y en su funcionamiento, finalmente, demuestra que el Derecho Internacional Privado es una rama del Ordenamiento jurídico de cada estado cuya función es impulsar, con la máxima seguridad jurídica posible, la vida internacional de los particulares. Fomentar el paso de las personas a través de las fronteras sin que la división del mundo en Estados, realidad insoslayable, perjudique los intercambios transaccionales. Porque es en los intercambios transaccionales donde se halla el aumento del bienestar de las personas

5. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 se publica el 7 de octubre de ese mismo año en el Boletín Oficial del Estado, de la DGRN, sobre el régimen de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Se establece como previo requisito para el registro de los niños nacidos de madres de alquiler que hayan renunciado a su filiación materna, la presentación ante el Registro Civil de una resolución judicial que haya dictado un Tribunal competente del país de origen. Así quedará “demostrada la plena

³² RDGRN 18 de febrero de 2009, FD V, párrafo séptimo: “el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones”, es decir sobre un eventual *Forum shopping* o sobre un contrato de “gestación por sustitución” que es nulo según el Derecho sustantivo español.

capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción”. También dispone que quedará “verificado que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico ilegal de menores, así como la eventual previsión y posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento u otros requisitos previos en la normativa legal del país de origen”.³³

La resolución que determina la filiación del menor, dictada por un Tribunal extranjero, debe ser incorporada, según la doctrina plenamente consolidada del Tribunal Supremo, reconocida en España de conformidad con los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; esto es, el *exequátur*, si esa resolución extranjera fue dictada mediante un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa. En este caso, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción de la resolución, si no se ha hecho previamente el *exequátur* de la misma.

El citado artículo 954 de la LEC de 1881 (exceptuado de la derogación por la disposición derogatoria única, apartado 1.3, de la LEC 1/2000) sostiene al respecto lo siguiente:

“Las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las siguientes circunstancias:

- que haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal;
- que no haya sido dictada en rebeldía;
- que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido de lícita en España;
- que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España”.

³³ SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES. A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”, *cit*, pág 12-17.

RUBIO TORRANO, E., “Inscripción como hijos de varones nacidos mediante gestación por *sustitución*”. *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 9. Pamplona. 2011.

HUALDE MANSO, T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”. *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2012. Pamplona.2012.

En caso de que la resolución judicial derive de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la inscripción de la filiación no queda sometida al requisito del *exequátur*, sino al reconocimiento de la resolución como requisito previo por parte del encargado del Registro. En este control, el encargado deberá verificar que tienen lugar las siguientes circunstancias³⁴:

- la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- que no se haya producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Por tanto, el encargado del Registro Civil ante la solicitud de inscripción de la filiación del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente al mismo tiempo una resolución que determine la filiación, bien reconocible incidentalmente o por medio de *exequátur*, deberá denegar la inscripción. La referida Instrucción determina expresamente que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Dicha resolución judicial del país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del

³⁴ Estos requisitos están establecidos en la Instrucción de los Registros y del Notariado publicado el 7 de octubre de 2010 en el BOE, en su Disposición primera, apartado tercero.

menor y de la madre gestante. Con todo esto, se ha regulado la inscripción en el Registro de los nacidos en el extranjero mediante una práctica que en España es ilegal. Antes de la Instrucción se inscribía a la madre biológica y figuraba como madre; ahora, sin cobertura legal se podrá inscribir a la pareja que alquila el vientre como progenitora. Lo que puede interpretarse como una clara elusión de la prohibición legal contenida en el artículo 10.1 de la Ley 14/ 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida. (Norma considerada por algunos autores como de orden público en cuanto responde al principio, común en los países de Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer porque esto supondría poner en el comercio la elevada función de la mujer relativa a la maternidad).

6.Propuesta de regulación del convenio o contrato de gestación por sustitución.

6.1.Fundamento de su admisibilidad del convenio:

Una finalidad básica de la admisión del convenio de gestación por sustitución, en nuestro ordenamiento jurídico, consistiría en solventar problemas de infertilidad que no pueden salvarse mediante los dispositivos establecidos en las sucesivas leyes de técnicas de reproducción asistida³⁵. Como ya quedó albergado en la Exposición de Motivos de la LTRA de 1988, “los avances científicos cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativo, civil o penal. Se hace precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del derecho allí donde proceda”.

Por su parte, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la LTRA de 1988, también advertía en su Exposición de Motivos que se “han producido avances

³⁵ Ver noticia sobre “Excluidas lesbianas y mujeres solteras de la reproducción asistida pública”, publicada a través del periódico, El PAIS con fecha 18 de julio de 2013: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/18/actualidad/1374178125_262676.html. Así se limita esta prestación a parejas formadas por un hombre y una mujer que no sean fértiles.

considerables en el ámbito de la técnica y de la práctica médica. Como consecuencia, se han reducido los riesgos relacionados con los tratamientos, se han mejorado las tasas de embarazos y nacimientos y se ha contribuido, en definitiva a resolver de manera más eficaz los problemas de infertilidad de muchas parejas”. Finalmente, la Exposición de Motivos de la LTRHA de 2003 también destaca el fin esencial de enfrentar la cuestión de la infertilidad o, dicho de forma positiva, el objetivo primordial de lograr la paternidad biológica: “la aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir muy pronto en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación”. También la LGS mexicana³⁶ se habla del convenio de gestación por sustitución como “una alternativa específica para problemas de infertilidad, aplicando esa práctica (de reproducción asistida) con las especificaciones que le son propias”; y en el Proyecto del Senado francés³⁷ se consideraba que la práctica de la maternidad subrogada “podía ser legalizada sólo como instrumento al servicio de la lucha contra la esterilidad, con el mismo título que otras técnicas de asistencia médica a la procreación”.

Las alegaciones de inconstitucionalidad ante una posible regulación del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico no sería algo novedoso, pues su normativa ya fue acusada de vulnerar nuestra Constitución, aunque sin éxito (STC 116/1999, de 17 de junio de 1999). La finalidad de hacer frente a la infertilidad o lograr la paternidad biológica es tan fundamental que, incluso, no se olvide, el legislador excepciona el principio constitucional de libre investigación de la paternidad del artículo 39.2ºCE, pues, como establece el artículo 5.5º LTRHA, sólo “excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”³⁸. La posibilidad de donación tanto de gametos como de

³⁶ Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal de México, de 30 de noviembre de 2010.

³⁷ Proyecto del Senado francés sobre maternidad subrogada, de 27 de enero de 2010.

³⁸ Para DURÁN RIVACOBÁ, R. “El anonimato del progenitor”, en VVAA (coord. Por J.M González Porras y F.p Méndez González), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol.I, Murcia, 2004, págs.

preembiones (art. 5 LTRHA) plantea el problema de la determinación de la filiación jurídica del nacido en estos casos, cuestión que el Derecho resuelve entendiendo que las personas que proporcionaron dicho material reproductor no lo hicieron con la intención de convertirse en padres o madres.

No puede olvidarse que, en la práctica, se dan circunstancias especiales que pueden modificar o completar las reglas básicas anteriormente expuestas. Las parejas homosexuales formadas por varones, o el homosexual solo, tiene graves impedimentos cuando no imposibilidad absoluta para adoptar en muchos países, adopción internacional a la que deben acudir dada la escasez de niños adoptables en España, donde también encuentran graves problemas para obtener el certificado de idoneidad. Igualmente, tratándose de parejas homosexuales de mujeres en las que ambas sean estériles, al tener también muy limitado el instrumento de la adopción internacional o, incluso, nacional, deberían asimismo ser autorizadas para realizar este convenio de gestación por sustitución. El buen legislador no sólo debe atender los principios generales sino a cualquier circunstancia práctica evidente y presente que pueda trastocar irremediablemente el objetivo de una regulación³⁹.

De igual forma, la voluntad como criterio configurador de la filiación jurídica se consolida definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo tras la LTRA de 1988 (confirmada por la LTRHA de 2006). Ya no es el dato biológico el único título de atribución a la filiación, de manera que queda a voluntad de las partes la determinación de aquella en los supuestos de reproducción asistida, y se excluye la posibilidad de que

1361-1410. "las técnicas que requieran auxilio ajeno en forma de donación el espermatozoide para la mujer, impulsan de suyo el desconocimiento de la filiación biológica (cfr. Art. 5 LTRA), pues para eso sirve (cfr. art. 8 LTRA)". Resulta una verdadera paradoja que a través de una especie de dogma biológico terminen por impedirse las consecuencias naturales de los vínculos de parentesco, pero así es. El anonimato que se propugna quiebra de raíz las bases del Derecho de filiación y hace ilusorio el propósito legalmente confesado de que se determine con arreglo al sistema general establecido en el Código Civil>.

Para HERRERA CAMPOS, R. *La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española*. Editorial Universidad de Granada, Granada, 1991, págs. 55-70 el anonimato favorece que los beneficiarios puedan mantener en secreto tanto la hipotética esterilidad como el hecho de haber acudido a estas prácticas, esto es, ayuda a aparentar que el marido es el padre biológico.

³⁹ FLORES MICHEO, R., "La realidad, maestra y enseñadora de las leyes". *La Ley*, 1980, 1, pp. 1041 y ss. Según el cual el legislador debe procurar una regulación de la realidad que permita a las leyes no perder su utilidad y sentido.

El autor VELA SÁNCHEZ, A.J., "Mujer, Derecho y Sociedad". *Colección Ciclos*, núm. 15, Fundación El Monte, Sevilla, 1996, p. 320, señala que al igual que el legislador convierte la apariencia jurídica en realidad, con la barita mágica de la buena fe, también podría convertir los anhelos sociales en realidad jurídica, y ello con la barita mágica de la comprensión.

el donante de material reproductor pueda ser considerado legalmente progenitor. En efecto, la inseminación artificial o fecundación in vitro altera la dualidad de filiación biológica/filiación jurídica, aunque paradójicamente aporta mayor fiabilidad en el conocimiento de la derivación biológica. La donación de gametos posibilita que no siempre quien da a luz coincida con la mujer que aporta su material genético, como no siempre el marido o compañero de la que gesta el hijo es el progenitor biológico que aparezca o quiera hacerlo como padre legal del mismo. Esas diversas posibilidades, suscitan hoy la consagración de auténticas ficciones legales. Con las prácticas de fecundación asistida, pues, se intenta primar también la filiación derivada del afecto, de la voluntad, de la intención, de la apariencia, frente a la puramente biológica.

Con ello, la adopción no supone ya el único vínculo filiatorio (o vínculo por excelencia) cuyo fundamento reside en la voluntad individual y que crea relaciones parentales ex nihilo. Se mantiene ahora que, con el resultado de las nuevas técnicas de reproducción para la procreación humana, estamos conociendo un nuevo sentido de la paternidad o maternidad, o un nuevo arquetipo de ella, que revoluciona tajantemente los principios sentados por la tradición jurídica que ha de provocar inexcusables reformas en el actual Derecho de filiación de casi todos los países.

Ahora bien, el problema de configurar como padres o madres a quienes no aportan su material genético es que, conforme al Derecho actual, están expuestos a una acción de impugnación, o ellos mismos pueden ejercerla. La eficacia de un reconocimiento formal, de una declaración formal, de una declaración auténtica de voluntad (que podría darse tanto en la filiación matrimonial como no matrimonial), podría servir así de solución jurídica al uso de las técnicas de reproducción asistida en la maternidad subrogada. El elemento volitivo tendría un significado negocial de asunción de la filiación que haría frente a cualquier acción de impugnación. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico debería prever necesariamente un reconocimiento de carácter constitutivo para evitar problemas o litigios complejos y dolorosos.

Concluyendo, y partiendo de la trascendencia del elemento volitivo como determinante de la filiación jurídica (como sucede en la institución jurídica de la adopción), la finalidad primordial de esta regulación del convenio de gestación por sustitución sería la del favorecimiento de la paternidad o maternidad biológica (con lo que se afrontaría el grave problema de la infertilidad) o no biológica, respecto de aquellas personas solas o

parejas (normalmente homosexuales) que no pudieran o que tuvieran graves dificultades intolerables para lograr una adopción nacional o internacional.

6.2.Contenido esencial.

El convenio de gestación por sustitución, es el que se aplicaría de ser aprobada la maternidad subrogada en España, una vez realizadas una serie de reformas necesarias en el actual Derecho de filiación, y la que regularía cada recoveco de este difícil y delicado asunto a la hora de llevarse a cabo un negocio de estas características en las que una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se comprometería a gestar un bebé, de forma que una u otras personas podrían ser padres, bien sea de forma biológica o no.

Con este convenio la maternidad subrogada sería legal, autorizada, pero siempre y cuando se cumpliera con los requisitos que a continuación pasaremos a exponer.

6.2.1.Concepto:

Según ha explicado VELA SÁNCHEZ⁴⁰, el contrato de gestación por sustitución es un negocio especial de Derecho de familia, formalizado en documento público notarial, que puede ser oneroso o gratuito, y por el que una mujer capaz consiente libremente en llevar a cabo la concepción (mediante técnicas de reproducción asistida) y gestación, aportando o no su ovulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido (cuyo origen biológico debe constar claramente) a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente⁴¹.

En este amplio concepto pueden visualizarse las características esenciales del convenio de gestación por sustitución derivadas de la ya mencionada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 que, en síntesis son capacidad plena y consentimiento libre de las

⁴⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares. Granada. 2012. Pág 37-96.

⁴¹ Una definición extensa además de la citada en el texto, la proporciona DELGADO CALVA, "Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante "

partes contratantes, irrevocabilidad de dicho consentimiento y constancia del origen biológico del nacido. A pesar del silencio de la Instrucción mencionada, respecto a la constancia del mismo en documento público notarial, parece algo fundamental a tener en cuenta, y otro que puede ser muy discutible, pero en la práctica casi imprescindible, es la posibilidad de que medie una contraprestación económica. Este carácter oneroso, así como la índole conmutativa del convenio, en cuanto cada una de las partes se obliga a dar o a hacer una cosa, como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, permite que exista responsabilidad en caso de incumplimiento contractual.

En cuanto interviene la voluntad humana el mismo se calificaría de convenio, pero, como también puede apreciarse, se puede hacerse como "negocio jurídico especial de Derecho de Familia", con lo que pretende destacar su singularidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, su carácter de interés público (esencialmente, afrontar la infertilidad y favorecer la maternidad o paternidad biológica), evitando su consideración como genérico contrato civil y la aplicación del régimen general de nulidad de éste⁴². Si el convenio de gestación por sustitución se considerara como un contrato civil normal se podría alegar que su objeto es la vida de un ser humano y solicitarse su nulidad absoluta (ex arts. 1255, 1261.2, 1271 y 1275 del CC). Su índole especial y su finalidad de interés público excepcionarían su nulidad, pero, para reforzar su viabilidad, sería conveniente reformar, como se verá más adelante, el Código Civil en algunos de los preceptos citados anteriormente, evitando así fuertes controversias y problemas jurídicos.

Por todo lo anterior debe quedar muy claro que su carácter de negocio familiar especial no le resta eficacia vinculante, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos.

⁴² LEONSEGUI GUILLLOT, R.A., "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo". En *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. Nº 7, 1994, págs. 317-338. En él la autora sostiene que la maternidad subrogada es un contrato innominado (ello sin perjuicio de su ilicitud y de la nulidad de pleno derecho decretada por el legislador) que no puede encasillarse con otras figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto en cuanto participa de la *locatio operis*, de la *locatio operarum*, requiere la colaboración de terceros, puede ser onerosa o gratuita, etc., lo que determina una gran complejidad que no permite su encuadre en las actuales figuras contractuales.

LÓPEZ PELÁEZ, P., "La filiación de los niños y niñas nacidos en virtud de contratos de gestación por sustitución en el Derecho español". [Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño] en VVAA(coord. por Carlos Villagrasa Alcaide, Isaac Ravetllat Ballesté), 2009, ISBN 978-84-9790-435-3, págs. 1966-1985. Quien establece que la gestación por sustitución "participa de la naturaleza del arrendamiento de servicios, en cuanto que se promete la gestación, la prestación de un servicio de incubadora, y a la vez de la del contrato de obra, en cuanto que se promete la entrega de un niño. Si además la prestación no se realiza a título oneroso, sino gratuito (con independencia de que puedan indemnizarse los gastos o molestias derivados), participarían de la naturaleza de la donación".

Así, en la legislación inglesa, aun admitiendo la legalidad de este convenio (y la falta de responsabilidad penal de las partes contratantes), se le priva de obligatoriedad jurídica, lo que conlleva que, por ejemplo, si los padres contratantes se niegan a realizar la retribución acordada o la mujer gestante rehúsa entregar el niño nacido, el Juez no podrá compelerlos a cumplir el contrato. En esta legislación, pues, la mujer gestante es siempre la madre legal del nacido de modo que en ningún caso los contratantes son automáticamente los padres legales del niño y, de hecho, puede que nunca lo sean dependiendo de la situación, en concreto, por la falta de aportación de material genético de cualquiera de los padres interesados. Ante la ineficacia jurídica del convenio de maternidad subrogada, si un Juez inglés es requerido para que decida con quien ha de quedar el hijo; debería hacerlo bajo el principio del interés superior del niño, debiendo quedar con sus padres biológicos porque la mujer gestante no puede ser objeto de un contrato, igual que un niño no puede ser objeto de negocio jurídico. Lo que se puede y debe hacer es prever en el posible contrato de gestación por sustitución una compensación económica a la mujer gestante con el fin de proporcionarle las condiciones más favorables durante el periodo de gestación y la rehabilitación post-parto. Es más, el convenio deberá contener una cláusula penal disponiendo que si la madre subrogada decide quedarse con el hijo, no solo perderá el derecho de compensación económica, sino que también deberá indemnizar a los padres biológicos todos los gastos derivados del contrato. De esta manera, las relaciones entre la pareja contratante y la mujer gestante pasaran del ámbito del Derecho de Familia a la competencia del Derecho contractual puro, lo que hasta cierto punto garantizara que la madre subrogada entregue el niño a los padres contratantes, ante la inviabilidad de su postura desde esta óptica jurídica obligacional y la amenaza de una fuerte indemnización económica.

6.2.2.Forma:

Tras lo dicho anteriormente la forma que debería contener el convenio de gestación por sustitución sería la de estar formalizado en documento público notarial, realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante generado mediante inseminación artificial. Siendo el notario interviniente quien deberá constatar el cumplimiento de todos los presupuestos y recabar las certificaciones legalmente establecidas.

Así pasamos a analizar punto por punto los elementos de este tipo de contrato:

-La conveniencia de forma pública

La citada instrucción de 5 de octubre de 2010 no establece nada acerca de la formalidad del convenio de gestación por sustitución realizado en país extranjero, tan solo su Exposición de Motivos se refiere al "cumplimiento de los requisitos de perfección" del contrato y la Directriz primera, apartado 3. a) exige la "autenticidad formal... de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado". Atendiendo estas consideraciones y teniendo presente la trascendencia jurídica de un posible convenio de maternidad subrogada (por los diversos y fundamentales intereses en juego), debería exigirse en España forma pública⁴³, en concreto la escritura pública notarial, a la vista del colapso judicial. Sería el notario, pues, y con arreglo a la vigente legislación notarial, quien constatará la plena capacidad de obrar de las partes contratantes, la edad requerida y, en especial, la libertad del consentimiento prestado por la mujer gestante, evitando posibles errores o engaños y poniendo en conocimiento del Juez o Ministerio Fiscal la hipotética concurrencia de violencia, coacción o intimidación. Además, el Notario deberá recabar las certificaciones médicas oportunas que sean establecidas legalmente y garantizar el cumplimiento de cualquier otra exigencia regulada.

-El consentimiento previo a la inseminación artificial

En lo referente al consentimiento previo a la inseminación artificial es presupuesto imprescindible que el mismo se realice con carácter previo a la inseminación artificial de la mujer gestante. Algo previsto en la mayoría de las legislaciones extranjeras en esta sede, en concreto, así se deduce claramente del Proyecto del Senado francés y se contempla expresamente en el Act.ingles, y también en la LGS mexicana. De esta forma, quedaría excluida de este convenio el supuesto de un embarazo natural de la mujer gestante anterior o posterior al posible acuerdo de maternidad subrogada, aunque

⁴³ En esta línea, FÁBREGA RUIZ, C.F., *"Biología y filiación: aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida"*. Revista *Bioética y Derecho*. En Comares, 1999. Entiende que el contrato de gestación por sustitución "debe realizarse en documento público, como forma *ad solemnitatem*"; VVAA coord. ESPINOSA, M.ª J., TRONCOSO, E., URQUIZA, A. Y VALDERRAMA, L. quienes afirman que, de "estar regulado, el contrato de arrendamiento de útero, debiera ser solemne, cumpliendo la solemnidad a través de las diversas formalidades, tales como, una escritura pública...".

sea con intervención probada del pretendido contratante soltero o de uno de ellos si se trata de pareja homosexual formada por hombres⁴⁴.

6.2.3. Consentimiento de la gestación

-Voluntariedad

Según ha explicado el autor VELA SÁNCHEZ el notario interviniente deberá verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación.

Este presupuesto relacionado fundamentalmente con la mujer gestante se basa en que se trata del interés más necesitado de protección en este convenio de maternidad subrogada. En efecto, en el supuesto de que una mujer decide colaborar en la procreación de terceras personas, su ayuda no se limita únicamente, en su caso, a la donación de su material genético o a la cesión de su útero para la implantación de un embrión ajeno, sino que puede llegar a comprender también la disposición de su integridad psico-física. Es por ello por lo que el apartado 3, d) de la primera Directriz de la Instrucción aludida exige que no se haya "producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante" ; y la Exposición de Motivos de la susodicha Instrucción, mucho más detallada, habla de constatar "la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o a la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal... y verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores".

En otras legislaciones, este consentimiento informado se requiere, no como en nuestro caso a los fedatarios públicos, sino a los médicos especialistas intervinientes en el necesario proceso de reproducción asistida. Así, en la legislación rusa se prevé que la mujer gestante "tendrá derecho a la información sobre las técnicas de fecundación *in vitro* e implantación e implantación del embrión, los aspectos médicos y legales de sus

⁴⁴ Aun siendo absolutamente contraria a la eventualidad de un convenio de gestación de sustitución, LÓPEZ PELÁEZ, P. (op. cit.) entiende que, en "definitiva, para que haya un verdadero supuesto de maternidad subrogada es necesario que el acuerdo o contrato de gestación sea previo al embarazo, que éste se desarrolle precisamente en base a este acuerdo, tenga su causa en él, y por tanto sea posterior al mismo".

consecuencias, los datos de examen médico-genético, el aspecto y la nacionalidad del donante, lo que le ha de suministrar el responsable de la intervención médica" (artículo 35 de la Ley de 22 de junio de 1993). Asimismo en la legislación mexicana se contempla expresamente que: "Respecto de las obligaciones de los médicos tratantes que realicen esta práctica, deberán informar ampliamente a las partes involucradas sobre las consecuencias médicas, biológicas, y legales de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de una mujer gestante. Solicitará los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos. En tanto serán acreedores a las responsabilidades civiles y penales los médicos tratantes que realicen la práctica sin el consentimiento y plena aceptación de las partes. Las sanciones penales que se aplicaran son las correspondientes a la procreación asistida e inseminación artificial".

Tanto la esposa como la mujer en pareja tienen la plena libertad de contratación, de modo que nada podrá objetar la pareja casada o de hecho de la mujer gestante ni respecto a la celebración del contrato, ni en cuanto a la paternidad del hijo así nacido, pues, en principio, no es aportante de material genético ni parte del convenio de maternidad subrogada. No obstante, podría ejercer la acción de reclamación de paternidad, demostrando que el hijo es realmente suyo e impugnar la filiación contradictoria determinada a favor de los padres contratantes (artículos 131 y ss. del CC). Es más, no puede olvidarse que, si se trata de pareja casada, el cónyuge de la mujer gestante gozará a su favor de la presunción de paternidad derivada del artículo 116 ("Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges") y siguientes del Código Civil.

Por consiguiente, para evitar complicados y dolorosos juicios de filiación será muy conveniente, aunque no necesario, que el cónyuge de la mujer gestante preste su consentimiento al convenio de gestación por sustitución⁴⁵. En esta línea, por ejemplo, en Rusia se requiere previo consentimiento del cónyuge de la mujer gestante si está casada, indicando el artículo 52 del Código de Familia ruso que la "persona inscrita como padre...no podrá impugnar su paternidad si en el acto de la inscripción hubiere conocido

⁴⁵ "Pero en estos casos el marido de la gestante no será el padre (porque será el comitente), entonces lo que consiente el marido es que su mujer sea inseminada a los efectos de cumplir con un contrato de maternidad subrogada. Es decir, consiente la inseminación de su esposa para maternidad de sustitución, por lo que no implica la asunción de paternidad " (LAMM. E.,: *op. cit*)

que, de hecho, no es el padre del niño. El cónyuge que en la forma prescrita por la ley haya dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión no podrá alegar esas circunstancias a la hora de impugnar su paternidad".

-Irrevocabilidad

Según VELA SÁNCHEZ los consentimientos prestados en el convenio de gestación por sustitución serán irrevocables con independencia de su carácter oneroso o gratuito.

La irrevocabilidad del consentimiento y previa información de sus consecuencias jurídicas a la mujer gestante, es esencial para la virtualidad del convenio de gestación por sustitución. Se prevé en la propia Instrucción de 5 de octubre de 2010, pudiendo ser, bien *ab initio* o pudiendo sujetarse al plazo que establezca la legislación correspondiente. Es cierto que, debe tenerse muy en cuenta la posibilidad de renunciar a la maternidad se encuentra ya contemplada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, pues conforme al artículo 177.22, apartado tercero, CC, la madre puede asentir para dar el hijo en adopción, eso sí, este asentimiento "no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto". Por consiguiente, aplicando la analogía con lo dispuesto en el mencionado artículo, podría establecerse en la regulación del convenio de gestación por sustitución que el plazo máximo para revocar el consentimiento prestado en el contrato fuera de treinta días siguientes al parto.

No obstante, cumplidos de forma cuidadosa los presupuestos de información a la mujer gestante y de constancia del carácter libre de su consentimiento, todo ello garantizado con la intervención del fedatario público, quien estaría al tanto del exquisito cumplimiento de cualquier otro requisito legal, parece entenderse que es más conveniente para su virtualidad que el convenio de maternidad sea irrevocable desde su celebración. Irrevocabilidad inicial que garantizaría una seguridad a la hora de celebrar el convenio y evitaría reclamaciones por gastos ocasionados y daños morales, así como dificultosas acciones de reclamación de la filiación pues, como se ha dicho, se parte de la premisa general de que uno o ambos de los padres o madres interesados deben ser aportantes de material genético, por lo que, conforme al propio artículo 10.3 LTRHA, los progenitores biológicos (el padre la madre o ambos) del nacido podrían ejercitar la acción de reclamación de la paternidad o maternidad extramatrimonial sin posesión de estado (art. 133 CC, conforme a la interpretación de éste fijada por el TC en SS

273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero). En nuestro ordenamiento jurídico, también existen casos de irrevocabilidad en negocios de Derecho de Familia: la propia adopción es irrevocable una vez transcurridos dos años desde su constitución, incluso aunque los padres biológicos, sin culpa, no hubieren intervenido en el expediente de adopción o antes de dicho plazo (algo esencial), si la extinción o revocación solicitada perjudica gravemente el interés del menor (artículo 180.1 y 2 CC).

6.2.4.Requisitos:

1.Presupuestos exigidos a los padres o madres intervinientes:

a)Será imprescindible que la persona sea soltera o pareja matrimonial o de hecho estable, tanto heterosexual como homosexual. El interviniente deberá ser mayor de veinticinco años, y si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, bastando con que uno de sus miembros haya alcanzado dicha edad.

Ahora bien, respecto de las parejas matrimoniales, la admisión en nuestro ordenamiento jurídico del matrimonio entre personas de igual sexo, tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, excluye la posibilidad que se discrimine en esta sede (como hace el Proyecto francés o la LGS mexicana) a las parejas homosexuales, ya compuestas por hombres o mujeres, criterio permisivo también admitido en la legislación inglesa (a partir del 6 de abril de 2010 mediante la modificación del Human Fertilisation and Embryology).

En cuanto a la pareja de hecho (sea heterosexual u homosexual) se precisa que sea estable, en la línea establecida por la Disposición del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, que requiere “una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal” o conforme a lo dispuesto en la legislación propia de la Comunidad Autónoma correspondiente. Hay que tener en cuenta que ni en el Proyecto francés ni en las legislaciones rusa o ucraniana se permite este convenio de maternidad subrogada a las personas solteras, mientras que la LGS mexicana sólo se admite respecto de las mujeres en “estado civil diferente al señalado (matrimonio o concubino)... siempre que cumplan con los requisitos señalados para la mujer solicitante en esta ley”. Si aplicásemos la analógica y sistemática de nuestro ordenamiento jurídico podría concluirse que no debería haber inconveniente para esta opción, pues si una persona sola puede adoptar (artículo 154.4º

CC) y, si se trata de mujer, puede acudir por sí sola a las técnicas de reproducción asistida (ex artículo 6.1º LTRHA) , por tanto de igual forma podría ser progenitor por sustitución un individuo solo si es aportante de material genético. En este mismo sentido, el Act inglés de 1985 declara que el acuerdo de entrega del nacido puede realizarse respecto de “otra u otras personas”.

A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos extranjeros, téngase presente que se ha establecido la edad de veinticinco años y no la de dieciocho, a pesar de que basta esta última para alcanzar la mayoría de edad y obtener la plena capacidad de obrar (artículo 322, primer inciso del CC), salvo que concurra causa de incapacitación. La razón de la exigencia de veinticinco años entronca con el criterio deducido del propio régimen de adopción (artículo 175, 1º CC) y la excepción que supone respecto de la capacidad de obrar plena derivada de la mayor edad (artículo 322 CC). Parece entenderse que si el legislador exige esta edad para ser adoptante , por la trascendencia y madurez que supone e implica la paternidad o maternidad, debería seguirse el mismo criterio para la realización del convenio de maternidad subrogada, eso sí, bastando que uno de los comitentes (si se trata de pareja casada o de hecho) haya alcanzado dicha edad. Ahora bien, y siguiendo con la misma argumentación, en los supuestos en los que sólo uno de los comitentes tuviera la edad adecuada pero ambos pudieran aportar su material reproductor, debería hacerlo el mayor de veinticinco años.

En esta misma línea, la LGS mexicana hace referencia a la “pareja unida mediante matrimonio que vive en concubinato”, el Proyecto francés alude a las “parejas heterosexuales infecundas” que hayan contraído matrimonio o acrediten un mínimo de dos años de convivencia, mientras que las legislaciones rusa⁴⁶ y ucraniana⁴⁷ en las uniones de hecho, requiriendo una “pareja conyugal”, de manera que su “matrimonio debe hallarse inscrito en el Registro Civil en la fecha de implantación del embrión” (artículo 35 de la Ley rusa de 22 de junio de 1993)⁴⁸.

⁴⁶ Orden del Ministerio de Salud Pública ruso núm.67 “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”, de 26 de febrero de 2003.

⁴⁷ Ley ucraniana “Sobre transplante de órganos y otros materiales anatómicos humanos”, de 16 de julio de 1999.

⁴⁸ No obstante, el 16 de marzo de 2010 el Tribunal de Tverskoy de Moscú consideró ilegítima la negativa del Registro Civil de Tverskoy a inscribir a un “niño probeta” dado a luz para una pareja que no estaba casada a la hora de contratar el programa de gestación por sustitución. También en los EE.UU, según KEANE, N. P. y BREO, D.L. “The Surrogate Mother”, *Everest House, New York*, 1981, p. 12. La maternidad

b) Tal y como expresa VELA SÁNCHEZ, en lo referente a la mujer o mujeres interesadas, debe acreditarse, mediante certificación médica expedida por dos especialistas independientes, la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño.

Requisito tomado literalmente del Proyecto del Senado francés porque parece muy adecuada la alternativa de la esterilidad (ocasionada por causas de naturaleza, genéticas, de enfermedad o de edad o de peligro grave para la mujer o futuro hijo). También la LGS mexicana habla de la “imposibilidad permanente o contraindicación médica” respecto de la mujer interesada, y en Brasil, la Resolución 1358/92, del Consejo Federal de Medicina, en su Sección VII, dispone que “las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética”.

Para garantizar la realización de este presupuesto contractual primordial de infecundidad, debería requerirse por el Notario interviniente, en todo caso y al tiempo formalizar el convenio de gestación por sustitución, una certificación médica (expedida como mínimo por dos especialistas independientes), en la que se confirme la imposibilidad absoluta o contraindicación grave de gestación respecto de la mujer soltera o que forme parte de la pareja solicitante o de las mujeres que constituyan una pareja homosexual, matrimonial o de hecho.

c) El padre o madre interesado, si es persona sola, o al menos uno de los padres o madres intervinientes, si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, deberá ser portador de material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente.

Esta exigencia en la que el contratante o, al menos, uno de los padres contratantes sea progenitor biológico excluiría, pues, los casos de intervención exclusiva de personas ajenas en la inseminación artificial de la mujer gestante. Como ya se ha señalado, esta premisa contractual podría fundamentarse en el dato esencial de que el convenio de

subrogada significa el “contrato de una mujer con una pareja unida en matrimonio, inseminándose artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer, para concebir, gestar y dar a luz o alumbrar un niño cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada”. En España, en la misma línea, ya indicaba LLEDÓ YAGÜE, F., “La regulación jurídica de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro”. *I Congreso Nacional de Bioética, Valladolid*, 1986, pág. 6, que “estas prácticas sólo deben permitirse a parejas casadas”.

maternidad subrogada sólo sería concebible legalmente, en principio, como medio para solventar problemas de infertilidad que no podrían salvarse mediante los mecanismos contemplados en la LTRHA, es decir, como instrumento para el logro de la paternidad biológica de, al menos, uno de los miembros de la pareja, aspiración que, de otro modo (por la incapacidad de gestar), no sería posible⁴⁹.

Respecto de este posible presupuesto (contenido expresamente en el susodicho Proyecto francés), la LGS mexicana, más severa, exige la aportación genética de ambos cónyuges o convivientes de hecho, de manera que se tratará de la “transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja...”. Por su parte, la legislación rusa habla en general de la gestación de un niño genéticamente ajeno a la mujer gestante para una pareja conyugal (que no de hecho). Este presupuesto contractual de aportación de material genético por el comitente o comitentes sería el ideal pero, como ya se ha advertido anteriormente, no puede obviarse que, en la cruda realidad, se dan circunstancias anómalas que pueden justificar la inobservancia de esta regla básica o general. Un homosexual o una pareja homosexual formada por varones estériles tiene enormes obstáculos (cuando no imposibilidad absoluta) para adoptar en muchos países, adopción internacional a la que debe acudir dada la escasez de niños adoptables en España, donde también tienen graves problemas de idoneidad. Igualmente, tratándose de lesbiana o pareja homosexual de mujeres en la que ambas sean estériles y también tendrán muy limitado el instrumento de la adopción internacional o nacional (en cuanto al certificado de idoneidad). Debería asimismo ser autorizada para realizar este convenio de gestación por sustitución. Debe subrayarse que el legislador debe estar atento a la realidad de las cosas para evitar que su regulación, en esta hipótesis, tan excepcional, sea inoperante en la práctica, sea cual sea el número de personas afectadas. Por ello, debería añadirse en la regulación de esta figura un apartado especial para cubrir estos concretos supuestos y que se llevaría a cabo en los siguientes términos: “Se exceptúan los casos de personas infértiles que por su condición homosexual o cualquier otra inaceptable tengan difícil acceso a la adopción nacional o internacional”.

⁴⁹ “Es por esto que tratándose de una pareja homosexual, la gestante debería ser inseminada con el semen de uno de ellos; y si se trata de una pareja heterosexual, si bien lo ideal sería que ambos gametos procedan de la pareja comitente (para evitar mayores cuestionamientos y desdoblamientos), de no ser así, por lo menos uno de ellos (semen u óvulo), debe provenir de la pareja que contrata a la gestante “ (LAMN, E.: *op. cit.*)

Así mismo, por ejemplo, el artículo 123.3º del Código de Familia ucraniano⁵⁰ explícitamente menciona la posibilidad de que los cónyuges (aunque sólo se refiere a pareja matrimonial) empleen ovocitos donados para la fecundación in vitro de la mujer gestante, a pesar de lo cual el embrión tendrá siempre la consideración jurídica de generado por los esposos. El centro de reproducción asistida correspondiente en cada caso, expedirá certificación de la aportación de material reproductor del comitente o comitentes y la trasladará al Notario autorizante del convenio para su verificación e incorporación al mismo.

d) “El comitente o comitentes aceptarán expresamente la eventualidad de la discapacidad psíquica o física que pueda tener el nacido”.⁵¹

Es decir., la pareja comitente o la persona soltera contratante deberán firmar un acta de responsabilidad por el cual se comprometan a aceptar al niño tal y como venga. La irrevocabilidad del consentimiento ab initio y el surgimiento del derecho a la filiación del nacido desde el momento de celebración del convenio de gestación por sustitución, impiden al comitente o comitentes renunciar al hijo así nacido. De este modo, si de un parto natural nace un hijo con discapacidades, también, en estas hipótesis, debe asumirse esa posibilidad. En estos supuestos, la madre gestante, aunque haya aportado su material biológico, carecerá de responsabilidad alguna, así como, en su caso, el padre biológico que fuera conocido. Del mismo modo, si se detectase alguna clase o clases de anomalías en el feto, el comitente o comitentes no podrán obligar a la mujer gestante a abortar, aunque ésta tenga concedido en derecho del artículo 15 de la LO 2/2010⁵² de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

2. Presupuestos exigidos a la mujer gestante

a) La mujer gestante debe tener más de veinticinco años, buen y justificado estado de salud psicofísica (certificado por dos especialistas independientes) y plena capacidad de obrar. Si no puede ser inseminada artificialmente, el acuerdo se resolverá de pleno derecho.⁵³

⁵⁰ Código de Familia ucraniano, de 26 de diciembre de 2002.

⁵¹ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, op.cit, pág 84-96.

⁵² Ley orgánica 2/2010 de 3 de marzo “Sobre la salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”.

⁵³ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, op.cit, pág 84-96.

A la edad de veinticinco años, se aplica el mismo criterio antes explicado en relación con los padres o madres contratantes, a pesar de que la LTRHA considera suficiente la edad de dieciocho años para acceder a las técnicas de reproducción asistida que contempla. Por su parte, algunos ordenamientos establecen una edad mínima y máxima, así la legislación rusa requiere que la mujer gestante tenga una edad entre veinte y treinta y cinco años y la ucraniana entre veinte y cuarenta. En Canadá, el artículo 6, 4º de la Ley de Reproducción Humana Asistida de 2006 indica que ninguna “persona podrá aconsejar o inducir a una persona de sexo femenino para convertirse en una madre sustituta o realizar cualquier otro procedimiento médico para ayudar a una persona de sexo femenino para convertirse en una madre sustituta, que sepa o tenga motivos para creer que la persona de sexo femenino es menor de 21 años de edad”.

En cuanto al estado psicofísico de la mujer gestante, aplicando aquí las mismas premisas establecidas por la propia LTRHA española (artículo 5,6º), deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio que incluirá las características fenotípicas y psicológicas de aquella, así como las condiciones clínicas y analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de la realización del convenio, que no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Todo ello deberá certificarse por dos especialistas independientes, certificación que aportará al Notario autorizante del convenio de maternidad subrogada. También las legislaciones rusa y ucraniana exigen que la mujer gestante tenga “buena salud psíquica y somática”, y la LGS mexicana obliga a la presentación de “un certificado de salud del médico tratante”.

b) La mujer gestante deberá tener, por lo menos un hijo propio sano. Requisito éste también extraído del Proyecto del Senado francés (que se introdujo, como se expuso en su debate, para suavizar el dolor de la madre portadora al separarse del bebé a su nacimiento). También la legislación rusa y la ucraniana que requieren, tener “un hijo propio sano”. Ni en la legislación canadiense, ni en la mexicana, ni en la brasileña, se dice nada sobre este presupuesto. Parece un presupuesto de exigencia lógico, debido a que la pretensión o resultado del convenio de gestación por sustitución es tener un hijo, no resultaría del todo apropiado hacer un convenio con alguien que nunca ha tenido hijos y no sabemos si puede o no tenerlos, y sería absurdo llevarlo a cabo con alguien con quien ya tiene hijos pero estos no son sanos.

c) La mujer contratada sólo podrá realizar este convenio dos veces. Presupuesto contractual está contemplado tanto en la legislación mexicana, como en el Proyecto del Senado francés, aunque no se entiende mucho su finalidad por el necesario carácter gratuito que el convenio de gestación por sustitución tiene en estas legislaciones. En estos sistemas altruistas, pensados fundamentalmente para que intervengan parientes próximos de los interesados, no tiene sentido esta limitación, pues la única razón defendible que parece surgir es la de la protección de la salud de la mujer gestante, interés que no es necesario recoger de nuevo porque, como se ha señalado anteriormente, aquélla debe tener “buen y justificado estado de salud psicofísicas”. En cambio, si se admite, el carácter retributivo del convenio de maternidad subrogada este requisito comentado impediría, ahora sí, la profesionalización de la función de madre subrogada.

d) La futura madre podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad. Así se consigue descartar el parentesco por consanguinidad (en cualquiera de sus grados), a diferencia del Proyecto francés, que lo impide sólo respecto de la madre de cualquiera de los contratantes, pero no en cuanto a su abuela (que puede ser hábil para ello), y también en contra de la legislación mexicana que, justo al contrario (y en función de la necesaria gratuidad del convenio), parte de que “preferentemente la mujer gestante tenga algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes”; o de la legislación brasileña que (que partiendo de la prohibición de la práctica de carácter lucrativo de esta técnica) requiere que la madre sustituta pertenezca a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco consanguíneo o colateral hasta el segundo grado.

Eso si, las madres subrogadas que sean parientes colaterales de los interesados, deben ser sólo portadoras o inseminadas con material reproductor no común, sin que pueda usarse conjuntamente el material reproductor de los propios parientes para evitar, en su caso, filiaciones incestuosas y las consecuencias jurídicas que ello supondría respecto de la determinación jurídica de la filiación conforme a nuestro ordenamiento jurídico. En concreto el artículo 125CC establece que: “ Cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legamente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz. Alcanzada por éste la plena capacidad, podrá manifestar,

mediante declaración auténtica, invalidar esta última determinación si no la hubiere consentido”.

e) Habrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la Seguridad Social, aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella. Nada se dice en la citada Instrucción ni en su Exposición de Motivos acerca del carácter oneroso o gratuito del convenio de gestación por sustitución para que éste sea válido, de manera que, aplicando el antiguo axioma que donde la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros, podría admitirse la onerosidad o gratuidad del pacto. Es más, atendida la realidad de las cosas, resultará más factible la viabilidad del convenio si se realiza mediante contraprestación que gratuitamente. La índole gratuita sólo se concibe en supuestos en los que la madre gestante es pariente (consanguíneo o por afinidad) de alguno de los interesados en ser padres o madres biológicos (quedando a salvo sólo los gastos ocasionados), pero tratándose de extraños parece más lógico y razonable que exijan, además de la devolución de los desembolsos realizados, una retribución. Ahora bien, debe quedar manifiesto que el convenio de maternidad subrogada, sea oneroso o gratuito, será siempre irrevocable desde el principio (como también la donación lo es (artículo 669 CC)): la gratuidad o liberalidad de la madre gestante no debe ser admitida como excusa para resolver unilateralmente el pacto de maternidad subrogada.

Con indemnizar o contribuir, no se trata de convertir la maternidad subrogada en una profesión o en un medio de las mujeres para obtener ingresos permanentes, sino sólo que sería muy conveniente, que la mujer gestante (sobre todo, si es persona extraña a los contratantes) tuviera una especie de “recompensa” moderada además de la devolución de los gastos ocasionados desde la inseminación artificial hasta el post-parto. Sin olvidar, obviamente que esta contraprestación favorecería la existencia de personas interesadas en la realización de estos convenios de gestación por sustitución.

Idea defendida por algún autor, entre ellos, BULLARD GONZALEZ⁵⁴; quien entiende que no habría inconveniente alguno en permitir la onerosidad del convenio de gestación por sustitución, en aras del dinamismo del Derecho y de su necesaria adaptabilidad a la realidad, así como del probable interés de la pareja comitente (o del comitente solo) en

⁵⁴ BULLARD GONZALEZ, A., “ El derecho de nacer : sobre alquiler de vientre y maternidad subrogada”, *Derecho de familia : revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, los contratos y el derecho de familia*.2009, pág 21-33.

incentivar la entrega del nacido, sano. Así, resulta evidente que, en este tipo de negocio jurídico, siempre se presentarían costos necesarios, como los gastos médicos de inseminación artificial o de cuidado, los cuales comportarían no ya una simple carga para la pareja comitente, sino una obligación propiamente dicha en salvaguarda de la integridad del concebido y de la propia mujer gestante.

Recordar que existiría siempre un compromiso por parte del comitente o de la pareja comitente de aceptar el futuro neonato aun cuando éste naciera con alguna discapacidad relevante, esto es, existiría una obligación jurídica de necesario cumplimiento; sin olvidar, se concluye, que la gratuidad del contrato de maternidad subrogada haría menos rigurosa la evaluación de la posible culpa concurrente.

Está más que claro que en nuestro ordenamiento jurídico, esta obligación de compensar todos los gastos producidos deberá subsistir si la gestación no culmina por causas no imputables a la mujer gestante, esto es, por aborto espontáneo o inducido por circunstancia justificada sobrevenida respecto de ella o del concebido (“grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada”, “riesgo de graves anomalías en el feto”, “anomalías fetales incompatibles con la vida” o que “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable” (artículo 15 LO 2/2010), que no por el ejercicio del derecho a abortar contemplado en nuestra legislación, en concreto en las catorce primeras semanas de gestación, conforme al artículo 14 (titulado “interrupción del embarazo a petición de la mujer”), de la LO 2/2010. Más adelante se verá qué debería ocurrir si, a pesar de que el feto tuviera malformaciones, el comitente o comitentes decidieran tener el hijo y ello no pusiera en peligro a la mujer gestante.

De forma habitual, en la práctica la madre gestante consiente realizar la operación a cambio de una determinada suma de dinero, y por medio de un contrato de maternidad subrogada en que se pactan distintas cláusulas en previsión de ciertas eventualidades que se puedan producir. En los Estados Unidos, donde se producen muchos de estos acuerdos, la práctica es facilitada por un tercero (el *broker* o intermediario, que normalmente es una agencia) que pone en contacto a las partes contratantes y gestiona el contrato. El intermediario selecciona a las madres subrogadas, supervisa su fecundación, el cuidado médico durante el embarazo y el nacimiento, al tiempo que elabora el contrato especificando los derechos y las obligaciones de las distintas partes. En compensación por sus servicios a las parejas, casadas o no, le pagan una tarifa

sustancial, además de la contraprestación a la madre subrogada y del pago de los gastos médicos o no en que ésta incurra.

Tanto la legislación canadiense, como en la brasileña, como la mexicana y como en el Proyecto del Senado francés (la madre portadora no podrá “recibir remuneración”), el contrato no podrá tener “fines de lucro”, se parte del carácter gratuito del convenio de maternidad subrogada para que no se haga de esta novedosa forma de paternidad o maternidad un oficio, ni se convierta en un trabajo impuesto por la pobreza y tolerado por el Estado.

f)La mujer deberá asumir (y también su marido, si estuviera casada), el riesgo de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto, comprometiéndose a seguir todas las instrucciones que le sean dadas en los controles prenatales. Además debe comprometerse a no fumar, no tomar bebidas alcohólicas, ni consumir drogas ilegales, así como abstenerse de cualquier otro comportamiento que pueda resultar perjudicial al embarazo. Ahora bien, y en contrapartida para hacer frente a estas eventualidades, también podría obligarse el comitente o comitentes a realizar un contrato de seguro que cubriera el fallecimiento o incapacidad permanente o temporal de la mujer gestante.

3.Constatación del origen biológico del hijo

El convenio de gestación por sustitución posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico. Tanto por las exigencias expresas tanto de la Exposición de Motivos como de la Directriz segunda de la señalada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en el convenio de gestación por sustitución deberán constar claramente, además de los datos personales de la personas interesadas (el comitente o comitentes), los de la mujer gestante (para que quede abierta la posibilidad de que el hijo pueda llegar a conocerla), pero no necesariamente (aunque a veces es conveniente), los de su cónyuge o pareja de hecho pues, en principio, el material genético debe proceder de cualquiera de los padres o madres solicitantes o de terceros anónimos y, en este último supuesto, estará salvaguardada su identidad (ex artículo 5,5º LTRHA).

Este presupuesto contractual ineludible en el convenio de gestación por sustitución está en conexión directa con lo que el actual artículo 180,5º CC dispone respecto de las

personas adoptadas, quienes, “alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen las solicitudes para hacer efectivo este derecho”. Teniendo presente la cardinal trascendencia que el ejercicio de este derecho tiene y los diferentes intereses defendibles en juego, no puede pretenderse un uso abusivo. Igualmente, rotos *ab initio* y definitivamente por el convenio de maternidad subrogada los vínculos jurídicos con la mujer gestante (y, por supuesto con pareja matrimonial o de hecho), ésta no puede ser obligada (ni siquiera judicialmente) a contactar o relacionarse con su hijo por naturaleza.

7.Cuestiones prácticas posibles de plantear ante un convenio de gestación por sustitución y su posible solución.

7.1.Filiación del nacido en casos especiales.

a)En aquellos casos en los que el cónyuge o pareja de hecho aportante o no de material genético del comitente carezca de conocimiento o en caso de conocerlo no haya otorgado el consentimiento para llevar a cabo mismo:

En el convenio de gestación por sustitución como en el apartado anterior del trabajo ya se ha indicado se trata de que, en la medida de lo posible, el padre o madre contratante, si es persona sola, o al menos uno de los padres o madres contratantes, si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable (tanto heterosexual como homosexual), aporten material genético. Esta hipótesis contractual se fundamentaba, en el hecho de que el convenio de maternidad subrogada sería concebible y justificable, en principio, como medio para solventar problemas de infertilidad que no pueden salvarse mediante los mecanismos examinados actualmente en la LTRHA, es decir, como instrumento para el logro de la paternidad biológica de, al menos, uno de los miembros de la pareja, aspiración que, de otro modo (por la incapacidad de gestar), no sería posible. También se plantea la cuestión esencial de qué es lo que sucedería si, tratándose de parejas casadas o de hecho, homosexuales o heterosexuales, uno de sus miembros no conociera o no consintiera el convenio de gestación por sustitución realizado por el otro.⁵⁵ Para

⁵⁵ VELA SÁNCHEZ. A.J, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, cit.,pág 99-131.

evitar los problemas jurídicos que derivarían de estas hipótesis, sería muy conveniente que constara claramente el consentimiento de ambos cónyuges o compañeros, de manera que, aunque fuera uno solo aportante de material genético, se producirían efectos idénticos a los ya regulados en los artículos 7 y 8 LTRHA, esto es, el hijo sería matrimonial o no matrimonial de ambos sin posibilidad de impugnación alguna.

Si partimos del supuesto de una pareja casada, y de la suposición primordial de que sólo uno de los posibles interesados sea comitente (aportante de material genético o no), y de los presupuestos del carácter irrevocable del consentimiento prestado en el convenio de maternidad subrogada y de su eficacia *ab initio*, la falta de conocimiento o de consentimiento del otro cónyuge tendrá como consecuencia el carácter no matrimonial del hijo, cuya filiación sólo podrá determinarse respecto del consorte que intervino en el convenio y en la viabilidad de la concepción. Al no tratarse de un hijo nacido de parto natural en relación con la mujer casada o pareja de hecho, sino como consecuencia de un convenio de maternidad subrogada (constando en el Registro Civil la identidad de la mujer gestante), no regirá la presunción de paternidad del marido de la gestante (artículo 116 y siguientes del CC). Y no hará falta que el marido impugne la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal convenio. Además de realizarse las pruebas biológicas oportunas se determinaría que el nacido no es hijo biológico del cónyuge no consentidor, quien también podrá probar la ausencia del consentimiento a la formalización del convenio de maternidad subrogada. Por consiguiente, inicialmente, el nacido será considerado como hijo no matrimonial del cónyuge interviniente en el convenio de gestación por sustitución, y así constará en la inscripción de la filiación el Registro Civil. Como no cabría el reconocimiento propiamente dicho (ni siquiera por complacencia), por parte del otro cónyuge, la única forma de determinar jurídicamente la filiación respecto del cónyuge no contratante sería la admisión de un consentimiento posterior o la institución jurídica de la adopción, para evitar trastornos innecesarios sería mucho más conveniente la admisibilidad del consentimiento *a posteriori*, siendo esta, una nueva plasmación de la gran importancia del elemento volitivo en la determinación jurídica de la filiación.

En los supuestos de pareja de hecho, la falta de concurrencia o de consentimiento de uno de sus miembros (sea o no aportante de material genético) conlleva también la

paternidad o maternidad no matrimonial exclusiva del interviniente en el convenio de gestación pos sustitución (artículo 8,2º LTRHA a *contrario sensu*). Al no concurrir tampoco la presunción legal de paternidad respecto del conviviente, sólo su consentimiento indubitado al convenio de maternidad subrogada puede servir para atribuirle la paternidad, de manera que, de no producirse dicho supuesto, no procederá la paternidad no matrimonial respecto del mismo. Por tanto, la única vía para atribuirle la filiación no matrimonial sería mediante los mismos mecanismos indicados en el párrafo anterior, preferiblemente la prestación posterior de consentimiento, o la adopción del así nacido conforme a las reglas generales (artículos 175 y ss CC).

Ante los problemas anteriormente expuestos, lo adecuado sería; en el caso de comitentes casados o en pareja de hecho, deberá especificarse si ambos son aportantes de material genético. En caso de que solo uno de ellos lo sea, se hará constar el consentimiento previo y expreso del otro a la realización del convenio, de manera que no podrá impugnar la filiación matrimonial o no matrimonial del hijo nacido como consecuencia del convenio. Siendo que en caso de ausencia de conocimiento o de consentimiento del otro cónyuge o pareja de hecho se determinará la filiación no matrimonial del nacido sólo respecto del comitente, que podrá tornarse en matrimonial, respecto de la pareja casada, o no matrimonial, respecto de los unidos de hecho, en caso de consentimiento posterior de aquéllos.

b) Filiación del nacido si en realidad resulta no ser hijo del comitente aportante de material genético:

Aquí, el problema radica en que, nacido el hijo, y realizado el correspondiente análisis de paternidad o maternidad, resulte que se demostrara que el nacido no es hijo de quienes o quien aportó el material reproductor. En cuyo caso se entiende que el convenio de gestación pos sustitución quedaría resuelto de pleno derecho y la filiación no podría quedar determinada legalmente respecto del comitente o comitentes sin su consentimiento. A falta del mismo, la filiación materna quedará determinada legalmente respecto de la mujer gestante y respecto de la paternidad, se determinará, en su caso, respecto del marido de aquélla (respecto del cual por la ineficacia del convenio, volvería a regir la presunción de paternidad, ex artículo 166CC) , aunque con derecho a impugnar dicha atribución (artículo 136 CC). Pero hay que tener en cuenta que, si la concepción se produjo realmente mediante reproducción asistida y el padre genético

fuere donante anónimo de material reproductor, no cabe acción reclamatoria de filiación alguna (artículo 5,5º LTRHA).

Una vez los comitentes decidan resolver o no el convenio de gestación por sustitución, la mujer gestante debería devolver todo el dinero recibido, e indemnizar a estos por todos los daños y perjuicios producidos, en particular, el daño moral, respondiendo también solidariamente quien contribuyó al engaño dolosamente. Si la concepción fue por reproducción asistida y resultara que el progenitor/es fuere donante anónimo de material reproductor, el comitente/es también podría reclamar la indemnización correspondiente (por daño moral), al centro médico que realizó la fecundación artificial errónea.

Ante el problema expuesto, podría defenderse la existencia de una cláusula o apartado en el convenio de gestación en el que se enfocase las consecuencias de darse un supuesto como este, de modo que; una vez realizada la prueba biológica oportuna, si se demostrará que el nacido no es hijo del comitente o comitentes que aportaron el material reproductor, la filiación no podrá quedar determinada legalmente respecto de aquéllos sin su consentimiento expreso. Admitida o no la filiación, queda a salvo el derecho a reclamar la indemnización de daños y perjuicios producidos a todos los causantes de los mismos.

c) Filiación del nacido cuando la mujer gestante está casada.

Si partimos de la irrevocabilidad del consentimiento prestado en el convenio de maternidad subrogada y de la ruptura de los vínculos jurídicos de filiación *ab initio* respecto de la mujer gestante y, por supuesto, respecto de su cónyuge si estuviera casada (e, indiscutiblemente, respecto de su pareja de hecho), el hijo así nacido será considerado como matrimonial o no matrimonial de los padres o madres contratantes. La existencia del convenio de gestación por sustitución (cumplidos de forma minuciosa todos sus presupuestos y verificados por fedatario público), desvirtuaría la presunción de paternidad matrimonial del marido de la mujer gestante derivada del artículo 116 CC. Ahora bien, la falta de conocimiento o de consentimiento al convenio de maternidad subrogada del marido de la mujer gestante, conforme al artículo 10,3º LTRHA, “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Sería muy oportuno, que el marido de la mujer gestante en el convenio de gestación por sustitución también interviniera dando su consentimiento a lo en él pactado y renunciando a cualquier acción filiatoria que pudiera corresponderle si fuera aportante de material genético, en cuyo caso su intervención será obligatoria. Para evitar este problema, se añadiría al convenio una cláusula, en el que se tuviese presente lo siguiente: en caso de que la mujer gestante estuviese casada, debería constar el consentimiento al convenio de su marido, que será indispensable si fuera aportante de material genético, en cuyo caso se hará constar expresamente su renuncia a la reclamación de filiación del nacido.

7.2. Supuestos de crisis familiar o de fallecimiento de los padres o madres contratantes durante la gestación.

a) Separación, divorcio o nulidad matrimonial o disolución de la unión de hecho de los padres o madres contratantes:

Realizado el convenio de gestación por sustitución por un matrimonio o por una pareja de hecho (en ambos casos, tanto heterosexual como homosexual), cabe plantearse qué ocurriría si, durante la gestación, una crisis familiar pone fin a la relación y convivencia entre los padres o madres contratantes. Como consecuencia de la obligatoriedad inmediata del convenio de maternidad subrogada y de la creación *ab initio* del vínculo jurídico de filiación, las partes contratantes están obligadas a cumplirlo, de manera que subsiste el deber de los padres o madres de hacerse cargo del hijo nacido (o hijos si se trata de dos o más), con independencia de su estado, esto es, aunque naciera con alguna discapacidad física o psíquica; sin olvidar que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos” (artículo 92,2º CC) y que, ostenten o no la patria potestad, quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos (artículos 110, 111 y 154 del CC).

La problemática esencial que surge aquí; es que los dos padres o madres querrán tener consigo al hijo nacido. Esto se podría solventar aplicando las normas relativas a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio de los artículos 90 y siguientes del Código Civil, cuyos postulados también se han considerado aplicables analógicamente por la jurisprudencia a las hipótesis de disolución de las uniones de hecho. Por lo tanto,

partiendo de lo dispuesto en los artículos 159 “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedaran los hijos menores de edad” y 160 “los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial” del CC.

Así, ante la falta de Convenio Regulador de separación, nulidad o divorcio, o en caso de falta de aprobación judicial del mismo, el Juez resolverá acerca de la patria potestad y de la guardia y custodia del menor contemplando su superior interés (artículos 91 y 92,2º a 5º del CC) teniendo en cuenta que el “progenitor que no renga consigo a los hijos menores incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía” (artículo 94 CC). El derecho de paternidad en esta sede del convenio de maternidad subrogada y del consentimiento conjunto prestado por los intervinientes es independiente de que haya habido aportación de material genético de uno solo de los contratantes o de ambos, esto es, tanto uno como otro se considerará padre o madre biológico a todos los efectos, sin que quepa preferencia alguna en cuanto al aportante único ni, por supuesto, impugnación de la paternidad respecto de aquel que no haya contribuido a la generación con su material reproductor.

Tanto los comitentes como la mujer gestante al haber prestado su consentimiento irrevocable en el convenio, y por el cual que extingue ab initio los vínculos jurídicos de la filiación respecto de la mujer gestante (creándolos directamente respecto a los demás estipulante), ésta no podrá alegar en ningún caso dicha crisis familiar para incumplir su obligación contractual de poner al niño a disposición de los padres o madres contratantes (o a disposición de la “entidad pública a la que el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores”) (artículo 172,1º CC) y quedarse con el mismo.

Ante la hipótesis expuesta, una cláusula apropiada para introducir en el convenio de gestación por sustitución sería aquella que abarcase todo lo comentado anteriormente, que se resume en; caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio o disolución de la unión de hecho de los padres o madres contratantes, resolverá el Juez conforme a los artículos 90 y siguientes del Código Civil, con independencia de que haya habido aportación de material genético de uno o de ambos comitentes.

b) Fallecimiento o declaración de fallecimiento de una o ambas personas contratantes:

Cabe plantear que es lo que ocurriría en el hipotético caso de que la persona o personas contratantes de la pareja matrimonial o de hecho intervinientes en el convenio de gestación fallecieran durante la propia gestación, o fuesen declaradas fallecidas conforme a los artículos 193 y siguientes del CC.

Al tratarse de un negocio jurídico personalísimo parecería ésta, en principio, una hipótesis posible en la que la mujer gestante (una vez producido el alumbramiento y devolviendo las cantidades que hubiere recibido y renunciando a las pendientes en su caso), podría retener al hijo, excepcionando por una vez el carácter irrevocable del consentimiento prestado y la ruptura del vínculo jurídico de filiación desde la celebración del convenio de maternidad subrogada. Precisamente esa irrevocabilidad y eficacia jurídica *ab initio*, es en estos supuestos donde el convenio de gestación por sustitución debería producir todos sus efectos jurídicos. De modo que, el nacido se considerará como hijo del fallecido o fallecidos, convirtiéndose en heredero forzoso (artículo 807.1º CC), y el Juez procedería a nombrarle un tutor con arreglo a lo dispuesto en los artículos 234 y siguientes del Código Civil, permitiendo a la mujer gestante (que ya dio a luz) quedarse con el niño, y ello, aunque sea con previo reintegro de las cantidades recibidas y con renuncia a las aún no percibidas. Para dar más validez a esta solución o argumento referente a la eficacia del convenio de gestación por sustitución en el supuesto de fallecimiento o declaración de fallecimiento de los contratantes, podemos acudir por analogía iuris (o por interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico) a la regulación del procedimiento de la adopción en el que se permite la virtualidad de ésta “aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento” (artículo 176,3º CC). Además, la índole irrevocable del consentimiento prestado y la ruptura *ab initio* de los vínculos jurídicos de filiación respecto de la mujer gestante (y su creación inmediata en cuanto a los intervinientes) eliminarían cualquier derecho de ésta sobre el nacido y cualquier disponibilidad al respecto de los herederos de los padres o madres fallecidos.

Por todo ello debería incluirse en el convenio de gestación por sustitución el nombramiento de un tutor del menor para el supuesto de muerte de ambos padres (o de

comitente solo) antes del nacimiento⁵⁶. También debe tenerse muy en cuenta que, conforme al artículo 229 CC, estarán “obligados a promover la constitución de la tutela desde el momento en que conocieran el hecho que la motivaren, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guardia se entre el menor o incapacitado (la mujer que ha dado a luz), y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”; sin olvidar que el artículo 230 CC establece que “Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad Judicial el hecho determinante de la tutela”. En su caso, también podrían ponerse en marcha los mecanismos legales de acogimiento (artículos 172 y siguientes del CC) o de la adopción del nacido (artículo 175 y ss. CC).

Obviamente si sólo fallece, o es declarado fallecido uno de los padres o madres contratantes el convenio de gestación por sustitución surtirá todos sus efectos sin modificación alguna, aunque el fallecido o declarado como tal hubiese sido el único aportante del material genético. La aportación de material genético por uno sólo de los comitentes no concede preferencia alguna sobre el otro, pues, a pesar de ello, su posición de celebrar el convenio y de atenerse a sus efectos jurídicos, y la ya aplicada fuerza del elemento volitivo en la determinación de la filiación, impiden cualquier discriminación de los comitentes en esta sede.

En caso de fallecimiento o declaración de la misma de la mujer gestante durante la gestación, lógicamente, se extinguirá el convenio, pero los herederos de la fallecida podrán reclamar las cantidades estipuladas, pues como se verá más adelante, el derecho a ellas sólo se extinguiría si la inviabilidad del nacimiento de debiera a causas imputables a la mujer gestante, esto es, por ejemplo, a un aborto voluntario y no terapéutico, o, incluso, a su suicidio. En este caso, hay que advertir que sería muy conveniente fijar en el convenio de maternidad subrogada cláusulas sobre una indemnización suficiente para los dependientes económicos de la mujer gestante (o para ella misma), en caso de si fallecimiento o incapacidad permanente o temporal derivados de su ejecución, es decir, de la gestación, el alumbramiento o el post-parto.

⁵⁶Para VELA SÁNCHEZ, A.J., en este mismo sentido, la autora Eleonora LAMM quien arguye que, “como variante, podría también haber una cláusula en la que se le confiere un plazo a la madre portadora, para que pueda optar por la custodia del nacido en el caso de muerte de ambos comitentes, en su defecto, el niño quedaría bajo la custodia del tutor” nombrado por el comitente o comitentes y aprobado judicialmente.

Dada la analogía que se enmarca con los supuestos de hecho, parece necesario que en estos casos de fallecimiento o de declaración de fallecimiento del contratante único o de ambos padres o madres contratantes, en el convenio de gestación por sustitución, se apliquen los artículos 959 y siguientes del Código Civil relativos a “las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta”, en especial el artículo 964: “La viuda (la mujer gestante) que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo si naciere y fuere viable”. Como consecuencia, de la citada problemática, podría mantenerse la existencia de las siguientes cláusulas en el convenio de gestación por sustitución; en primer lugar la inclusión del nombramiento de un tutor del menor para el supuesto de muerte de ambos padres (o solo del comitente) antes del nacimiento. Atendidas las circunstancias, el Juez podría dar preferencia a la mujer gestante. Y en segundo lugar la contratación de un seguro que cubra el fallecimiento o la incapacidad permanente o temporal de la mujer gestante, quien designará a los beneficiarios del mismo.

7.3.Efectos del incumplimiento del convenio de gestación por sustitución

7.3.1.Causas imputables a la mujer gestante

a)Supuesto en el que la mujer gestante decida llevar a cabo la interrupción del embarazo.

Como ya se comentó en otro de los apartados de este epígrafe, la mujer gestante tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la Seguridad Social, aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella.⁵⁷ Indemnización, reiteramos, no supone convertir la maternidad subrogada en una profesión o en un medio de obtener ingresos permanentemente como, sino sólo una compensación económica para proporcionar a la mujer gestante (sobre todo si es una persona extraña a la comitente/es) las condiciones más favorables durante el período de gestación y el post-parto, y, obviamente, para favorecer la existencia de personas interesadas en la realización de estos especiales convenios.

Es obvio que la compensación de los gastos producidos y la obligación de satisfacer la “indemnización razonable” deberá subsistir si la gestación no culmina por causas no

⁵⁷ VELA SÁNCHEZ. A.J, “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”, *op.cit*, pág 99-101.

imputables a la mujer gestante, esto es, por aborto espontáneo o inducido por circunstancia sobrevenida respecto de ella o del concebido “grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada”, “riesgo de graves anomalías en el feto”, “anomalías fetales incompatibles con la vida” o que “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable” (artículo 15 LO 2/2010). Tratándose de causas relacionadas sólo con el feto, que no sean extremadamente graves o excepcionales y que no afectaren a la salud de la embarazada, los padres o madres contratantes no pueden decidir la no continuación del embarazo, pues, como ya se indicó en su debido apartado, aquéllos deberán aceptar expresamente en el convenio de maternidad subrogada la eventualidad de la discapacidad psíquica o física que pueda tener el nacido.

Pero obviamente este deber indemnizatorio del que tratamos, se extinguiría no obstante, si la mujer gestante ejercitara el derecho a abortar contemplando en nuestra legislación, en concreto en las catorce primeras semanas de gestación, conforme al artículo 14, sobre “Interrupción del embarazo a petición de la mujer” de la LO 2/2010.

El ejercicio del derecho a abortar, aunque legalmente no podría ser impedido por los padres o madres contratantes, sí que debería ser penalizado civilmente, de manera que deberían admitirse cláusulas penales en el convenio para indemnizar no ya los gastos o daños materiales producidos sino, esencialmente, el daño moral que el aborto voluntario producirá a los interesados en el nacimiento. Si la justificación última de este singular y complejo convenio de maternidad subrogada es la creación de vida, es lógico que la voluntaria eliminación de ella tenga, por lo menos, consecuencias económicas importantes.

La problemática que se plantea, se modificaría con la introducción de una nueva cláusula en el Convenio de gestación, que contuviese que en el caso de que la mujer gestante decidiese ejercer su derecho de abortar voluntariamente, sin causa grave y justificada de salud, además de devolver cuanto hubiera recibido por el convenio, deberá indemnizar al comitente o comitentes los gastos y daños y perjuicios causados, en particular, el daño moral.

b) Falta de entrega del nacido de manera voluntaria por parte de la mujer gestante.

Los padres o madres contratantes tienen derecho a hacerse cargo del niño desde el momento mismo de su nacimiento, eso sí, esperando al tiempo de adquisición de su

personalidad jurídica (nacer “con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno” (nuevo artículo 30 CC)). No obstante, podría establecerse como alternativa el momento de alta médica del nacido, de manera que no habría incumplimiento del convenio ni podrían exigirse responsabilidades mientras el niño estuviera bajo tratamiento médico, pero entendiendo que la virtualidad del vínculo de filiación desde el momento del nacimiento conlleva inmediatos derechos y deberes para los verdaderos padres, por lo que serán éstos los que hayan de tomar las decisiones oportunas sobre la actuación médica a realizar sobre el nacido (consentimiento o intervención quirúrgica o a tratamiento alternativo, etc.) y quienes decidan qué hacer para su mejor cuidado (traslado a otro hospital, consulta a otros especialistas, etc.). La única excepción a todo lo anterior sería que el nacido tuviera que estar a cargo de la mujer gestante, sin opción distinta posible, por prescripción médica.

Sería apropiado hacer constar de forma clara y precisa en el convenio de gestación por sustitución la responsabilidad civil (daños y perjuicios, no sólo materiales sino morales) e, incluso, la responsabilidad penal (secuestro o quebrantamiento del deber de custodia) en las que incurriría la mujer gestante una vez producido el alumbramiento, en caso de incumplimiento de su deber contractual esencial de entrega del nacido. Si esta obligación no se cumple de forma voluntaria, lejos de encomendar carga alguna en este punto a los miembros del hospital o centro médico correspondiente, los padres o madres contratantes podrían utilizar dos vías: en primer lugar, podrían realizar un requerimiento, directamente, los contratantes podrán acudir al Juez para que imponga la entrega inmediata, así como las responsabilidades civiles y penales procedentes. Y en segundo lugar y si el primero no funciona, sería de aplicación los artículos 163 y siguientes del Código Penal, contenidos en el Capítulo Primero *De las detenciones ilegales y secuestros*, dentro de su título VI *Delitos contra la libertad*; pero dada la especial situación de esta mujer gestante respecto del nacido, el supuesto de hecho que se produce podría ser ubicado en otra sede, como es la del Título XII referente a *Delitos contra las relaciones familiares*, Capítulo III *De los delitos contra los derechos y deberes familiares*, Sección 1ª *Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de los menores al abandono del domicilio*, en concreto el artículo 233.

Cuando las circunstancias del caso concreto lo hiciesen oportuno, los padres o madres contratantes podrían acudir al Juez para que tomara medidas concretas respecto de la mujer gestante. En particular, y acudiendo por analogía a los artículos 103,1ª y 158 del

CC, si existiese riesgo fundado de sustracción del menor por la mujer gestante o sus familiares o personas afines, podría solicitarse al Juez la adopción de prevenciones necesarias como la prohibición “de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa”, la prohibición de expedición de pasaporte “o retirada del mismo si ya se hubiere expedido” de aquélla o aquéllos. De nuevo, la finalidad de interés público del convenio de gestación por sustitución tiene mucho que ver con la posibilidad de dictar estas medidas judiciales extraordinarias.

Por ello como antes se ha dicho debería introducirse en el convenio de forma clara una cláusula en la que se contenga la responsabilidad en la que se incurriría de no entregar al nacido; en el caso de falta de entrega del nacido a requerimiento del comitente o comitentes, la mujer gestante o quien lo tuviere incurrirá en responsabilidad civil y penal conforme a la legislación vigente. Si existiese riesgo fundado de sustracción del menor podrá solicitarse al Juez la adopción de prevenciones necesarias conforme a la normativa en vigor.

7.3.2.Causas imputables a los padres o madres contratantes

a) Impago de la compensación razonable fijada a la madre gestante:

La indemnización razonable fijada en el indicado convenio deberá abonarse con anterioridad a dicha entrega, pero una vez producido el alumbramiento, y ello debido al carácter irrevocable del consentimiento prestado por las partes. La cuestión problemática que podría plantearse aquí es la de que ocurriría si los padres o madres contratantes quieren encargarse realmente del niño (como era el objetivo) pero, por haber empeorado de fortuna o resultar insolventes, no pueden hacer frente a la prestación económica acordada.

Desde el punto de vista del Derecho contractual puro (artículo 1124 CC), la mujer que ha dado a luz podría exigir el cumplimiento de la obligación (incluso con un anejo derecho de retención) hasta que se le abonen las cantidades debidas, más intereses legales, daños y perjuicios; es más, también desde esta órbita contractual la mujer afectada podría optar por la resolución del contrato, quedándose con el niño, con idéntico derecho al resarcimiento de daños y abono de intereses pertinentes. Pero, teniendo en cuenta la singularidad y finalidad del interés público de este negocio jurídico especial de Derecho de Familia, la solución que parece ser más justa y

pertinente sería la de imponer a la mujer afectada la obligación de poner al nacido a disposición de los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente. Los funcionarios competentes de esta Administración comprobarían (con la intervención del Notario Autorizante) la validez del convenio por sustitución y el cumplimiento de todas sus severas exigencias, y, en función de su interés público (en cuanto afronta la infertilidad y favorece la maternidad o paternidad biológica o legal), procederían a abonar (mediante partidas económicas previstas para ello y sin perjuicio de la fijación de un derecho de reembolso) la compensación razonable pactada a la mujer que dio a luz. Serán los funcionarios los que posteriormente indagaran las causas por las que los padres o madres contratantes no han abonado el importe pactado, de modo que si se trata de una insolvencia sin más derivada del normal devenir de una actividad profesional o comercial o del mercado de trabajo, el niño les sería entregado a la mayor brevedad posible. Pero, si la insolvencia revela una evidente incapacidad de hacerse cargo del menor por parte de los progenitores, como es en casos de problemas con el alcohol o las drogas, que haga previsible un desamparo del mismo, entonces pondrían en marcha inmediatamente los mecanismos normales de actuación en estos supuestos, esto es, la tutela (artículo 215 y siguientes del CC), el acogimiento (artículo 172 y siguientes del CC) o, incluso, la adopción (artículos 175 y siguientes del CC).

La una situación de este tipo, la mejor forma de prevenirlo sería con la introducción de una estipulación o cláusula en el convenio en el que se dijese que; el impago de la compensación razonable fijada en el convenio por insolvencia sobrevenida, no dará lugar a la aplicación del artículo 1124 CC, sino a la intervención de los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente que, atendidas las circunstancias, procederá a la entrega del nacido al comitente o comitentes, previo pago a la mujer gestante (aunque con derecho de reembolso respecto de los contratantes), o bien a la apertura de los mecanismos de tutela, acogimiento o adopción procedentes.

b)Falta de recepción del nacido por los comitentes o contratantes.

Al tratarse de un convenio de eficacia obligatoria inmediata, los padres o madre contratantes están obligados a cumplirlo, debiendo hacerse cargo de su hijo nacido, con independencia de su estado, es decir, aunque naciere con alguna discapacidad física o psíquica, cláusula que, no se olvide, deberá constar expresamente en el contrato. Y en el caso de que los comitentes o comitente no cumplieren su deber de hacerse cargo del

mismo (artículo 154 CC, que establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres y que esta potestad comprende el deber de velar por ellos y tenerlos en su compañía), se procederá, en principio, a su guardia y acogimiento conforme a lo dispuesto en el Capítulo V *De la adopción y otras formas de protección de menores*, Sección Primera *De la guardia y acogimiento de menores*, artículos 172 y siguientes del Código Civil. Así, la mujer que dio a luz, o en su caso, los responsables del hospital o centro médico donde tuvo lugar el alumbramiento, deberá poner los hechos en conocimiento de la “entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, (que) cuando constate que un menor se encuentre en situación de desamparo, tiene por ministerio de ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificándolo en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas” (artículo 172.1º. 1ª CC). En este último supuesto, la “la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria” (artículo 172.1º .3ª CC). En su caso, posteriormente procedería la adopción del niño conforme a lo dispuesto en los artículos 175 y siguientes del Código Civil.

En lo que respecta a la responsabilidad penal de los padres o madres contratantes por falta de recepción del nacido, nos lleva a tener que acudir a los artículos 226 y siguientes del Código Penal, en concreto, a su Título XII *Delitos contra las relaciones familiares*, Capítulo III *De los delitos contra los derechos y deberes familiares*, sección 3ª *Del abandono de familia, menores o incapaces* y que imponen penas de prisión que pueden llegar a los cuatro años. En estos casos de desamparo del hijo nacido por sus verdaderos padres, no parecería inconveniente para que la mujer que dio a luz le sea encomendado el acogimiento del niño, aunque debe tenerse presente que, a tenor del artículo 172,4º CC se “Buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia”, que será la del comitente/es. Igualmente, podría ser considerada, si procediere, a la hora del nombramiento de tutor para el niño. Eso sí, dicha mujer afectada no podría optar por la resolución del contrato de maternidad subrogada, quedándose con el niño, con derecho al resarcimiento de daños y abono de intereses pertinentes. La singularidad del convenio de gestación por sustitución y su virtualidad inmediata respecto del vínculo de filiación justifican, otra vez, la anterior inteligencia.

Por ello, para evitar futuros problemas de este tipo sería conveniente establecer una cláusula en la que se abarque lo expuesto anteriormente de la siguiente manera; en aquellos casos en los que el comitente o comitentes (debidamente notificados del nacimiento del hijo), no cumplieren su deber de hacerse cargo del nacido se procederá a su guarda y acogimiento, tutela o adopción conforme a la legislación vigente, sin perjuicio de la responsabilidad penal de aquéllos.

8.La prestación por maternidad: un tema de actualidad respecto a la gestación por sustitución.

8.1.La prestación social de la maternidad y la maternidad subrogada.

El orden público actúa como punto de referencia principal en los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la Unión Europea, cuyo fin principal es el de preservar la armonía interna del ordenamiento jurídico, evitando la aplicación por parte del juez que ha de conocer del caso de las normas extranjeras inicialmente designadas como aplicables en virtud de las normas de conflicto, cuando dichas normas extranjeras son susceptibles de producir efectos inaceptables, esto es, efectos incompatibles con los principios éticos, económicos, políticos y sociales que condicionan el modo de ser de las instituciones del ordenamiento jurídico del país al que pertenece el juez que conoce del asunto concreto⁵⁸.

Respecto a las relaciones contractuales con elemento extranjero, el artículo 21 del Reglamento comunitario 593/2008 consagra el límite del orden público, que como es natural se encuentra excluido de la disposición de las partes, debiendo ser aplicada de oficio por el Juez. Cláusula que concede al Estado la facultad de negar la aplicabilidad de una norma extranjera o incluso del reconocimiento de una sentencia extranjera para poder preservar la coherencia y la armonía del propio ordenamiento jurídico, resultando a su vez en cierto modo una medida garantista, que otorga al juzgador un amplio margen de discrecionalidad respecto a los elementos que pudiesen entrar en conflicto.

La referenciada cláusula no actúa con la misma fuerza frente a la ley extranjera; así en algunas circunstancias puede utilizarse el concepto denominado “orden público

⁵⁸Sobre esta cuestión, véase SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2013 (parte Doctrina). Pamplona 2013.

atenuado” en virtud del cual y sin llegar a legitimar la figura en sí, se pueden llegar a reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones ajenas en nuestro Derecho.

Este denominado “orden público atenuado”, reacciona en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como lo que es llamado las oportunas “soluciones de compromiso”; aquellas situaciones en las que el juzgador considera que debe aplicarse además de los principios esenciales del ordenamiento jurídico por ser vulnerados mediante la aplicación de la norma extranjera, aquellos otros derechos e intereses legítimos de gran valor, y por tanto, necesitados también de una protección cualificada. La consecuencia de que esta solución se encuentre legitimada es que no puede dejarse en una situación de desprotección absoluta a ciertos sujetos, por no reconocer una institución en nuestro ordenamiento jurídico español acarreando con ello la no salvaguarda de principios básicos del mismo, lo que provoca consecuencias devastadoras.

Como antes ya se ha referido, en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social donde se han llegado a dar hasta la actualidad tres “situaciones de compromiso” de la que se ha hablado tanto en jurisprudencia como en doctrina y que por ello nuestros jueces y tribunales, han visto de obligado cumplimiento aplicar⁵⁹; reconocimiento de la prestación por viudedad en caso de matrimonios polígamos; el acceso a la pensión de orfandad por menores que no son ni hijos biológicos ni adoptados del fallecido pero se encuentran de hecho bajo su tutela y en muchos casos, sin ascendientes conocidos; el reconocimiento de la filiación llevada a cabo a través de técnicas de reproducción asistida no reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico (vientres de alquiler).

Es este último supuesto el tema central de nuestro trabajo por ello, el principal problema práctico que podría obstaculizar el reconocimiento en Derecho español del documento extranjero en el que se acredita la filiación de un sujeto nacido fuera de España en virtud de la utilización de un vientre de alquiler, reside en valorar la posible contrariedad de esta técnica con los principios esenciales del ordenamiento jurídico español, aspectos que se ha ocupado de precisar y matizar la Dirección General de los Registros y del Notariado en los últimos años, primero a través de la Resolución 18 de febrero de 2009,

⁵⁹ RUIZ SUTIL,C., “Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad”. Editorial Lex Nova. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* num. 24/2010. 2010.

y posteriormente, a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de las que hemos tratado en anteriores apartados.

La situación de filiación generada por la maternidad subrogada no está contemplada como es obvio en ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de esta forma no está citada ni en el artículo 48 ET, ni el artículo 133 bis Ley General de la Seguridad Social, ni tampoco el Real Decreto 295/2009 por el que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones económicas por maternidad y paternidad, dado que ninguno de ellos hace referencia alguna, bien sea directa o indirecta a la maternidad por subrogación.

Ya se ha visto a lo largo de la exposición del trabajo que la maternidad subrogada posibilita que haya filiación a favor de un único varón⁶⁰, apareciendo como único progenitor reconocido de un hijo, una vez se ha reconocido registralmente dicha filiación. Es en este preciso momento en el que se plantea una situación *sui generis* respecto al disfrute de los respectivos permisos laborales por maternidad, paternidad y el disfrute, en su caso, de las respectivas prestaciones que puedan corresponder a un sujeto a cargo de la Seguridad Social, ya que como anteriormente se ha dicho no hay citación expresa sobre esta figura. (Y ello porque en el caso de que la mujer fuese la única progenitora, bien por recurrir a la maternidad subrogada, o bien por gestar ella al niño, no habría duda alguna de los beneficios en cuanto a prestación y permisos que por maternidad le corresponden). Por ello el problema se da cuando quien pretende recibir permisos o prestación por paternidad es el varón que ha optado por llevar a cabo un contrato de maternidad subrogada.

La solución que han venido aplicando los Tribunales de lo Social ante este tipo de pretensiones es la de la analogía, aunque resulte complicado ajustar esta forma de constitución a los modelos jurídicos clásicos.

Por lo que respecta al acceso a la prestación por maternidad, como es sabido, los artículos 133 bis y 133 ter LGSS exigen que el beneficiario reúna simultáneamente tres requisitos:

⁶⁰ Sobre esta situación específica, véase SABATER BAYLE, E.,., "Exclusión del varón sin pareja de las técnicas de reproducción asistida", Ponencia invitada en el Congreso Internacional sobre *Filiación, patria potestad y relaciones familiares en las sociedades contemporáneas*, Facultad de Derecho, UNED, Madrid 4 a 6 abril 2011 (texto actualmente en prensa).

- encontrarse en alta o situación asimilada al alta.
- haber acaecido una de las situaciones protegidas: maternidad, adopción o acogimiento.
- reunir el período de carencia exigido en cada caso, de diferente duración dependiendo de la edad de la madre.

Pero en la redacción literal de los citados preceptos se utiliza el término “maternidad” sin acompañamiento de adjetivo calificativo alguno, con lo que el legislador deja un abanico posibilidad para aplicar u ofrecer el mismo tratamiento jurídico a los supuestos de maternidad biológica a aquellos otros en los que la maternidad se ha producido gracias al recurso a una técnica de fecundación artificial, como el de la maternidad subrogada.

Así, ante esta situación de laguna legal se aplica la analogía como respuesta. De tal forma que nuestros jueces y tribunales consideran que en estas ocasiones, la maternidad por subrogación ha de entenderse como un supuesto más de “maternidad”, tanto si es contratada por una pareja heterosexual, homosexual, o por un sujeto en solitario, independientemente de su género. Nuestros jueces están reconociendo que la misma necesidad inicial de cuidado y atención que exige un hijo durante los primeros meses de vida se va a producir tanto si dicha filiación se genera por adopción, como si se recurre a la convalidación internacional de la inscripción registral de la filiación producida por medio de la maternidad subrogada contratada por un único varón. Se pretende adoptar un criterio respetuoso respecto los intereses del menor de edad, que deben ser en todo momento objeto de atención preferente, y que, en el caso de desconocimiento de los efectos jurídicos de esta forma particular de procreación, los hijos nacidos sin duda quedarían desprotegidos⁶¹.

8.2.Comentarios de sentencias de gestación por subrogación y prestación por maternidad.

8.2.1.Sentencia Juzgado de lo Social núm.2 de Oviedo. Número 212/2012 de 9 de abril (AS\2012\924)⁶²

⁶¹ De este modo tanto la ley 39/ 1999 de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, como la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la Convención sobre Derechos del Niño contienen un concepto amplio de maternidad, que fija su atención en el cuidado del menor y en los aspectos afectivos y familiares, alejándose de la dimensión propiamente fiscal.

⁶² Sentencia Juzgado de lo Social num.2 de Oviedo. 212/2012 de 9 de abril. [AS\2012\924].

En el caso atendido por la citada sentencia la parte actora presentó escrito de demanda con fecha 21 de diciembre de 2011 por entender su derecho a que se le reconozca el derecho de permiso por maternidad así como el derecho a percibir el subsidio por maternidad.

La actora prestaba sus servicios para el Sespa, con la categoría profesional de Técnico especialista de laboratorio. El 13 de julio de 2011 dictó Resolución por el Tribunal Superior de California, en la que se declara que la actora es madre legal y natural del niño nacido de Doroteo entre el 2 de junio y el 5 de octubre de 2011 y declara que esta señora no es la madre del niño dado a luz entre las citadas fechas: declara también que la responsabilidad financiera del citado niño corresponde a la actora y a Fausto y que sólo ellos tendrán la custodia física y legal del menor. Se ordenó que el hospital en el que nació Doroteo expidiera el certificado de nacimiento en el que contasen los datos, el nombre del niño de acuerdo con las indicaciones de la actora y de Fausto, permitir a ambos firmar dicho certificado, registrando la información dada por el padre biológico Fausto y registrar la información confidencial de la actora. En el Registro Civil consular de Los Ángeles figura como nacido Isaac el 17 de julio de 2011, siendo su padre Fausto y su madre Salvadora.

La actora solicitó el 1 de septiembre de 2011 a la Unidad de Gestión Personal del centro donde trabajaba, que al finalizar su período vacacional el 31 de agosto de dicho año, le proporcionara el certificado de empresa para solicitar permiso de maternidad a disfrutar desde el 1 de septiembre al 22 de diciembre de ese año. Le fue denegado por Resolución de septiembre basándose en que conforme a la normativa vigente sólo cabe permiso por maternidad en los casos de parto, acogimiento y adopción, no siendo ninguno de ellos el que planteaba. La parte actora presentó recurso de alzada ante la empresa y reclamación previa ante el INSS. Ambas desestimaron la pretensión.

El 21 de diciembre de 2011 se interpuso demanda dando traslado al Ministerio Fiscal para que informara sobre la jurisdicción competente.

El RD de 6 de marzo de 2009 (RCL 2009,590), en su artículo 14 establece los requisitos de la solicitud de la prestación económica por maternidad, en su apartado 2 contiene los documentos que preceptivamente deben acompañar a la solicitud, entre los que se encuentra, para la maternidad, el informe de maternidad expedido por el Servicio Público de Salud que atendió a la trabajadora embarazada en el que constan la fecha

probable del parto y la fecha del parto, y para la adopción o acogimiento., la resolución judicial por la que se constituye la adopción o resolución administrativa o judicial por la que se concede el acogimiento familiar y la certificación de la empresa o administración pública en la que conste la fecha de inicio de la suspensión laboral o del permiso, respectivamente. Este documento citado en último lugar no fue expedido por la empresa en la que trabajaba la actora y es en esa falta en la que fundan los demandados y el Ministerio Fiscal la incompetencia de la jurisdicción social.

La controversia suscitada en este supuesto se reduce, en términos amplios, a la determinación de si la gestación por sustitución, cuya filiación queda perfectamente acreditada mediante certificación registral⁶³ extranjera, habilita en España para el nacimiento de la prestación por maternidad⁶⁴. Se trata, en definitiva, de dilucidar, tal y como sostiene la parte actora si la gestación mediante la práctica de madres de alquiler da derecho a la madre legal a disfrutar del permiso de maternidad o si, por el contrario, como se constata en la resolución del Sespa, conforme a la normativa vigente sólo cabe permiso por maternidad en los casos de parto, acogimiento y adopción, no encajando en ninguno de ellos el supuesto presente.

Si se examina el texto del apartado d) del artículo 14.4º del citado RD, el documento en cuestión no es un reconocimiento del derecho de la trabajadora al permiso por maternidad, en el caso de la Administración Pública como empleadora sino que sirve exclusivamente para determinar la fecha de inicio del permiso, de ahí que su naturaleza no sea constitutiva y por tanto su falta carece de la relevancia que pretenden darle las partes; por otro lado, en el momento actual, la fecha de inicio del permiso, según fue solicitada, ya pasó y estamos ante la negación del derecho y no ante la simple determinación de la fecha del disfrute. Se desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción porque se reclama el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social y no la fecha del disfrute.⁶⁵

⁶³ TAHOES, F.S., "Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada". *RAD*, núm.6. 2011.

⁶⁴ HIERRO HIERRO, F.J., "Gestación por sustitución y prestación de maternidad". *Doctrinal Aranzadi Social* paraf. 41/2012 (parte Presentación). Universidad de Extremadura. Pamplona 2012.

⁶⁵ La Dirección General de Registros y del Notariado emitió una Resolución de 18 de febrero de 2009, No es una cuestión de legalidad de la práctica de uso de "madres de alquiler" sino de validez de la documentación aportada por los progenitores de los pequeños. Las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un control de legalidad, pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española". Este razonamiento según lo establecido en artículo 81

La finalidad de la prestación por maternidad está relacionada con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto y el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, en su artículo 2 regula el subsidio por maternidad y dice que se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente, en una redacción similar a la del RD del año 2009. La ampliación a supuestos en los que no hay alumbramiento, da preponderancia a la atención del menor, circunstancia que el RD de 2009 entiende que concurre no sólo en la adopción y acogimiento sino en otras “instituciones jurídicas sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea superior a un año”.

El caso de la actora es equiparable a los demás porque existe un hecho indubitado que es la maternidad, que fue declarada en la sentencia americana e inscrita en el Registro Civil español y si en los restantes supuestos distintos de la maternidad natural, se reconoce el derecho al subsidio para procurar la atención del menor, incluso cuando tiene seis años, la misma causa existe en el presente en que el menor ni siquiera tiene un año y se trata de una filiación no de un acogimiento temporal (que también está amparado por la norma).

El hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en España⁶⁶, es más, esté prohibida, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados. Así sucede en el caso de la pensión de viudedad de las esposas de un causante de nacionalidad extranjera, natural de un país que reconoce la poligamia, institución que en el derecho español está tipificada como delito.

El TC desde la STC 22J1981, de 2 de julio (RTC 1981,22)⁶⁷, que recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el Artículo 14 del Convenio Europeo, viene declarando que el principio de igualdad no implica siempre un tratamiento igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador sino tan solo cuando se introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales, sin ofrecer una justificación objetiva y razonable, pues, lo que prohíbe el principio de

RRC. Por ello basta con que la certificación, en cuanto a la forma, dimanase de una autoridad competente y, en cuanto al fondo, que no sea contraria al orden público internacional español”.

⁶⁶ Bautista, J., “Maternidad subrogada”. AJA, núm. 815. [BIB 2011, 274].2011

⁶⁷ Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 22/1981 de 2 julio. RTC 1981\22.

igualdad son, en suma las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundamentadas en criterios objetivos y razonables, precisando también que es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Al equiparar la maternidad subrogada a otras situaciones protegidas por el derecho español como la adopción o el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, el hecho de que esta no se trate de una manera igualitaria supone una vulneración al mencionado principio porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio.⁶⁸

Por lo tanto, al reconocer que la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho perseguidas, la denegación de sus efectos cuando responde a la misma causa, supone una vulneración del principio de igualdad porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio lo que implica la estimación de la demanda que implica la condena a la empresa en cuanto empleador a cumplir con los requisitos formales necesarios para determinar la fecha de inicio.

8.2.2. Sentencia Tribunal Supremo de Madrid núm. 668/2012 de 18 octubre. .[AS 2012\2503].

En la sentencia citada una pareja homosexual concertó en la ciudad de San Diego de Estados Unidos de América los servicios de “un vientre de alquiler” y, sin que conste el origen del óvulo y del espermatozoide, se dio a luz a una criatura a la que, tanto en el certificado médico del Centro Sanitario en el que vino al mundo, en la indicada ciudad de San Diego, como, posteriormente, en el Registro Civil de California, se asignó como nombre de la madre José Luís y como nombre del padre Cecilio. Los indicados declarados padre y madre de esa criatura pretendieron inscribirla en el Registro Civil del Consulado español en la ciudad americana de Los Ángeles, pero su pretensión fue denegada y recurrida tal denegación ante la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia español, previo requerimiento y aportación de una resolución judicial del Tribunal de Justicia competente de los EE. UU., acreditativa de

⁶⁸ V. interpretación amplia a la referencia contenida en el artículo 2 del Real Decreto 295/2009 (RCL 2009,590) que considera jurídicamente equiparables a las figuras de la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad u efectos jurídicos sean los previstos en aquéllas, cualquiera que sea su denominación, lo habría de ser empleado también para los supuestos de filiación.

la filiación de la criatura nacida, se autorizó dicha inscripción, mediante resolución de 3 de mayo de 2011 que adquirió firmeza. En esta autorizada inscripción registral la identificación de los padres se hizo constar de esta forma: en vez de decir «padre» y «madre» se sustituyen ambos vocablos, respectivamente, por los de «progenitor A» y progenitor B), a cada uno de los que siguió el nombre de los miembros de la pareja homosexual de referencia en los mismos términos que figuran en la original inscripción efectuada en el Registro Civil de California.

En casos como el expuesto no cabe realizar una abstracción de la filiación, jurídicamente existente, por más que la misma se encubra de alguna forma en el marco de la legislación española para salvar la prohibición existente en ella respecto al método procreativo elegido para conseguirla, haciendo que en el Registro Civil correspondiente a los títulos jurídico-familiares de padre y de madre se les atribuya la condición de «progenitor A) y progenitor B)», lo que no excluye la constancia de los nombres propios que ya figuran en la inscripción registral originariamente producida dentro del ámbito de la legislación del país extranjero en el que vino al mundo el nuevo ser humano, sin que, quepa desconectar, en términos absolutos, el reconocimiento y la constatación de la filiación acreditada por el ordenamiento jurídico español de la existente en el país extranjero en el que tuvo lugar el nacimiento del que resulta ser hijo/a.

Si ya de por sí esta figura presenta múltiples dificultades en la realidad social en la que vivimos, dado los inevitables recelos que provoca en amplios sectores de la misma, no cabe duda que el Derecho tiene que arbitrar fórmulas que incardinan dentro del marco jurídico la relaciones de filiación que, si bien no biológica, sin embargo, son aceptadas en el ámbito de la legislación española al hacerlas figurar, con todos sus efectos inherentes, en el correspondiente Registro Civil español y que se producen en el ámbito de familias constituidas por personas del mismo sexo. Y es que el superior interés del hijo/a, sea biológico o no, requiere establecer los mecanismos de protección que debe conceder todo Estado de Derecho en el seno de cualquier sociedad democrática⁶⁹.

⁶⁹TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), sentencia núm. 668/2012 de 18 octubre.[AS 2012\2503]. VALERA AUTRÁN, B., "La protección social de la maternidad no biológica". *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. 6/2013 (parte Presentación). Pamplona 2013.

Y ello porque estamos ante una realidad en la que hay una maternidad no biológica que ha sido autorizada en un estado extranjero con su respectiva legislación y refrendada por su Tribunal de Justicia, dando como consecuencia la efectiva filiación, que posteriormente ha sido aceptada e inscrita, algo que no puede olvidarse en ningún momento, en el correspondiente Registro Civil Español sin especificar tal maternidad, pero con una clara constatación y atribución de la condición de progenitores a quienes conforman la pareja homosexual que aparecen designados por su nombres, lo que conlleva una ineludible atribución genérica de filiación respecto a la persona que es objeto de la correspondiente inscripción registral, debido a la publicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que lo permite.

Por lo tanto parece más que comprensible, que en términos del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, en los que se configura la figura del descanso por maternidad y sus fines propios, no cabe denegar la prestación por aquella contingencia, como en este caso lo ha sido, a quien, si bien no es madre biológica, sin embargo, viene a ostentar la titularidad de una relación de filiación en concepto de progenitor que, jurídicamente, fue admitida y consta en el Registro Civil español. Y resulta, sumamente, significativo al respecto el que, en cambio y como término de contraposición, a quien figura como padre de esa criatura en el Registro Civil extranjero y como mero «progenitor A» en el Registro español, si, se le hubiera concedido el correspondiente permiso de paternidad al amparo del artículo 48 bis) del mencionado texto estatutario laboral⁷⁰.

Lo que se solicita en la citada sentencia es un derecho un derecho de naturaleza puramente social establecido en favor de un ser humano recién nacido y orientado a su

⁷⁰Siendo esto así, parece que habría de separar en este caso la «maternidad biológica» de lo que viene a ser la «filiación jurídica» que, entre otros efectos, llevaría consigo la prohibición de adoptar hijos propios, sin desconocer, por otra parte, que de la dicción de los artículos 133, bis) y 133 ter) de la Ley General de Seguridad Social tampoco parece deducirse la exigencia ineludible del hecho del parto para ostentar derecho a la prestación contributiva por maternidad, por cuanto el último de los preceptos citados al referirse a los beneficiarios de tal prestación utiliza la expresión «cualquiera que sea su sexo». La finalidad de la prestación de maternidad que, sin ignorar el interés de la madre biológica, sin embargo, se orienta de forma preponderante a la protección del ser recién nacido, como lo pone de relieve su otorgamiento en los casos de adopción o acogimiento (artículo 133 bis), la no contemplación en la normativa de la Seguridad Social de una situación como la enjuiciada en la sentencia que se comenta obliga al juzgador, en protección del legítimo interés de la persona del recién nacido, a hacer uso de la aplicación analógica de la ley conforme al artículo 4-1) del Código Civil (LEG 1889, 27) o a colmar una laguna legal, habida cuenta la existencia de situaciones de maternidad no biológica (la adopción y acogimiento) que, sin embargo, merecen la protección social que, en este caso, se demandó y fue denegada.

protección personal en los primeros momentos de su vida, y lo que no resulta apropiado es involucrar en dicho reconocimiento cuestiones inherentes a la propia génesis de aquel ser humano, por más que, evidentemente, la prestación social que se reclame venga, inevitablemente, referida a la maternidad.

Estoy de acuerdo con el comentario que hace sobre la sentencia citada en este epígrafe el profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Francisco Javier Hierro Hierro: “No es posible dejar de lado el inevitable choque conceptual en situaciones como la contemplada en la sentencia que se comenta y es evidente que concurriendo una prohibición en la legislación española en orden a la consecución de una maternidad no biológica a través de la técnica reproductiva conocida como «vientre de alquiler» pareciera que hubiera de privarse de todo efecto jurídico en España a la filiación obtenida por tal procedimiento. Sin embargo e insistiendo en lo que ya queda dicho, al margen de lo que se pueda llegar a resolver dentro del marco estrictamente civil respecto a los efectos jurídico-familiares de una filiación alcanzada no biológicamente sino a través de la técnica de la maternidad subrogada, es lo cierto que el hijo/a al que llega a atribuirse una filiación por esa técnica no biológica que, con una peculiar forma, aparece reflejada y autorizada por el Registro Civil español competente, no debe, en manera alguna, quedar marginado de la protección social que la leyes de España establecen a favor de la persona recién nacida, en beneficio de la que, como ya se deja expresado, se prevé la prestación contributiva por maternidad”.

8.2.3. Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 216/2013 de 13 de marzo [JUR\2013\291496].

Sentencia más reciente dictada por los tribunales de los social, concediendo prestación por maternidad a uno de los cónyuges del mismo sexo.⁷¹

A pesar de todo lo explicado en las sentencias anteriores y lo que en términos lógicos después de dictar tales fallos parece ser lógico de aplicación, la sociedad no termina de adaptarse a ver situaciones como esta, no sé si es por el sentimiento de vida familiar clásico que todavía se mantiene, o si es porque no se aceptan este tipo de uniones por mucho que las expresiones de muchas personas de la sociedad digan lo contrario a lo que luego parecen indicar en el momento de la verdad, ¿Será verdad que estamos

⁷¹ TSJ Madrid, núm. 216/2013 de 13 de marzo. [JUR 2013/291456].

anclados en una situación jurídica anticuada?, al parecer eso es lo que ocurrió en este supuesto concreto de la mencionada sentencia, en la que pasamos a relatar brevemente los hechos para la rápida ubicación: D. Mario y D. Virgilio contrajeron matrimonio el 4 de diciembre de 2009 y acudieron al Condado de San Diego en el estado de California (EE.UU.) al objeto de concertar una "gestación por sustitución" según las técnicas de reproducción humana asistida fruto de la cual, nació una niña, "Manuela". D. Mario solicitó prestación de paternidad ante la Dirección Provincial del INSS de Madrid que, le fue reconocida el 29 de abril de 2010 siendo la Base Reguladora de 106,60 E/día y, durante el periodo temporal 12 de abril de 2010 a 24 de abril de 2010, siéndole abonada mediante transferencia bancaria en la cuenta indicada en su solicitud. La Dirección Provincial requirió al demandado al objeto de que aportase constatación de la inscripción, preceptiva, de su paternidad en el Registro civil español, alegando que sólo se había aportado en su tramitación el Certificado Médico del nacimiento de la menor expedido por el Centro Hospitalario en el que aquél tuvo lugar y la inscripción del mismo en el Registro del Condado de San Diego en California, todos ellos además, sin la correspondiente traducción. El Consulado de España en Los Ángeles había dictado Resolución de 11 de marzo de 2011 por la que se había denegado la práctica de la inscripción solicitada siendo ésta recurrida ante la DGRN. encontrándose pendiente de su Resolución. En fecha 13 de julio de 2011 se procede a la inscripción del nacimiento del menor en el Registro civil consular de los Ángeles. El demandado no aportó lo requerido en los veinte días que se le había otorgado para subsanar por lo que se le requirió reintegrar la cantidad de 1.385,80 euros al INSS por entender esta indebidamente percibida. D. Mario llevó a cabo recurso de suplicación contra el INSS.

Cabe decir en primer lugar que el matrimonio estaba a la espera de la resolución del recurso interpuesto contra la denegación de la inscripción del consulado de España. Por ello, Se alega al efecto que el demandado y su marido (ambos españoles) obtuvieron la paternidad de su hija Manuela en California por técnicas de gestación por sustitución (siguiendo la normativa legal del Código del Familia de California que exige una Sentencia Judicial de extinción de los derechos de la madre gestante y atribución de paternidad a los padres gestantes habiéndose expedido el correspondiente certificado de nacimiento y expedido el correspondiente libro de familia de modo que la Sentencia denegatoria de la prestación de paternidad está vulnerando el artículo 14 de la CE (RCL 1978, 2836) pues dada la finalidad social de esta prestación, que atiende al interés del

menor, se está discriminando a su hija Manuela, por haber nacido a través de gestación por sustitución. En este asunto carece de sentido invocar la Ley 14/2006, en su artículo 10 y que lo hace la parte contraria, pues, no es una norma reguladora de la prestación de paternidad, ni tiene por objeto condicionar la atención a los menores. Además ya hay doctrina por parte del Tribunal Supremo respecto a los niños nacidos mediante las técnicas de maternidad subrogada, que establece que ; “ su inscripción no quedaría sometida al requisito de obtener el reconocimiento a título principal, con lo que el particular podría lograr ante el Encargado del Registro el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción sin tener que recurrir al mencionado régimen de la LEC 1881 (LEG 1881, 1) " (se refiere a sus arts. 954 y ss) citando en tal sentido los AATS de 29-9 (RJ 1998, 9004) y 1-12- 98 (RJ 1998, 10540) Y18-6-00”.

A partir de ahí, se entiende que lo que únicamente se precisa para resolver la contienda planteada es determinar si se cumplen los requisitos de la instrucción de la propia DGR de 5 de octubre del 2010 para posibilitar la inscripción del nacimiento de la menor, y que no vamos a volver a repetir por no ser especialmente reiterativos (ya está el apartado 5 al respecto, e incluso e este epígrafe 8 se habla de ello). Desde esta base, debe repararse en que la unión entre personas del mismo sexo permite mantener indiferenciada la condición de progenitor de cada uno de los miembros de la pareja en relación con los hijos, lo que no ha de hacer de peor derecho a aquéllos respecto de la constituida por miembros de distinto sexo, sin que el parto como hecho biológico suponga un obstáculo insalvable en función de los restantes supuestos de adopción y acogimiento y los que puedan asimilarse a los mismos, como es el caso presente según más adelante se verá, sobre la base de que en él la madre biológica no aparece como madre a los efectos civiles y no se le ha reconocido ningún derecho al respecto, habiéndose logrado la filiación legal por el actor y su pareja. Evidentemente y por principio, el enjuiciado no es un caso que pueda incardinarse entre los de maternidad biológica, debiendo tenerse muy presente al respecto lo que el artículo 45.1 d) del ET (RCL 1995, 997) enumera entre las causas de suspensión del contrato de trabajo y lo que el art. 48.4 de esa misma norma dispone en relación con la suspensión del contrato con reserva de trabajo cuando alude al supuesto de parto, a la opción de la interesada, a la madre y al otro progenitor, así como la referencia a los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de dicho Estatuto, y también a ambos progenitores cuando los dos trabajen, a lo que cabe añadir, en fin, la suspensión del

contrato causada por paternidad del trabajador regulada en el artículo 48 bis, diferenciándose entre el supuesto de parto, en que la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor, y los supuestos de adopción o acogimiento, en que este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados. Junto a esa licencia y también relacionada con el nacimiento o la llegada al hogar de un hijo, natural o adoptivo, se establecen licencias parentales que tienen por objeto la atención del mismo y la conciliación de las responsabilidades familiares con la ejecución de una actividad profesional remunerada y que, por tanto, atienden a otras finalidades.

Hay, pues, dos situaciones que deben diferenciarse en relación con la llegada de un hijo/a al núcleo familiar, generador de ese derecho de licencia de maternidad o paternidad: a) La de parto, como causa de suspensión del contrato de trabajo, que sólo corresponde a la madre que físicamente ha gestado y ha dado a luz un/a hijo/a, y b), la situación sin parto de los otros progenitores que, en el grado y condición que corresponda, también se ven afectados por esa nueva configuración familiar pero desde otra perspectiva y relación con el sujeto que la motiva.

Es incuestionable que la primera no es posible en este caso porque el actor no es mujer y no ha sufrido un proceso de gestación ni ha parido. Su condición de progenitor no obsta para excluirle de aquella condición de "madre", aunque se le integre como progenitor B, ya que no la ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que viene otorgada porque así figura en el Registro Civil en su condición de sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante "gestación por sustitución".

Es cierto, por otro lado, que La licencia por maternidad, aunque derive del parto, no tiene como única beneficiaria a la madre sino que, como ya se ha indicado, ese beneficio puede extenderse a otros sujetos distintos, aunque relacionados con aquélla, de ahí el derecho del progenitor a disfrutar del permiso por maternidad por sustitución en aquellos casos en que la madre, beneficiaria del derecho, lo trasfiere al otro progenitor, ya por opción o por muerte, o porque no haya generado el derecho a la licencia ni prestación económica que lo acompañe, pero en este caso tampoco estaría encuadrado el demandante, en tanto que no existe madre de la que obtener esa transferencia del derecho.

Ahora bien, parece igualmente evidente que la posición del demandante, a los efectos

litigiosos, es similar a la que, también como "progenitores", ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar y cubriendo de igual manera la finalidad que persigue la norma, y ello en virtud de lo que establece el art 4.1 del C.C (LEG 1889, 27) , porque aunque la maternidad derivada de la condición de progenitor inscrito como tal en el Registro Civil y en virtud de una gestación como la que se contempla en el caso presente no está contemplada en la LGSS (RCL 1994, 1825), ni, en consecuencia, desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo (RCL 2009, 590) , los supuestos guardan semejanza, en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos.

Por otra parte, tampoco sería posible entender que la norma realmente no quiere reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es posible inferir que se está ante una laguna legal, y la identidad de razón concurre desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación.

Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman.

Para finalizar, decir que es difícilmente asumible, por repugnar a la lógica más primaria, que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconocería *ex lege* si él y su pareja se hubiesen limitado a adoptar o a acoger a un menor, solución que sería contraria tanto al espíritu como al contenido general de la precitada LO 3/2007 (RCL 2007, 586) en cuanto modificadora, para acercarlo a su filosofía y postulados, del Capítulo IV Bis del Título III de la (RCL 1994, 1825)_LGSS donde se ubica el articulado (artículos 133bis y ss) objeto de examen en este

procedimiento, sin que tal diferencia pueda tampoco entenderse acorde, en fin, con el espíritu que anima al resto de la legislación vigente concernida de algún modo en este caso, con el que aquella y la propia LGSS están llamadas a conformar un todo armónico, toda vez que las sucesivas reformas en los diversos ámbitos acerca de la familia y cuanto a ella se refiere responden a la voluntad mayoritaria de la sociedad de que existan diversas clases de la misma y que todas ellas reciban el mismo trato en orden a derechos y obligaciones.⁷²

⁷² V. otras sentencias de lo Social respecto a la prestación de maternidad en este ámbito de la maternidad subrogada: TSJ Cataluña, núm. 7985/2012 de 23 de noviembre.[AS 2013/845], y Sentencia Juzgado de lo Social num.25 de Barcelona. 218/2011 de 14 de mayo. [JUR\2013\34202].

Reflexiones finales.

Después de llevar a cabo toda esta investigación y leer argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada, la cual está prohibida en España como ya se ha comentado a lo largo del trabajo, los ciudadanos españoles salen hacia otros destinos en los que esta práctica se encuentra aceptada, para así poder tener niños y traerlos de vuelta a casa, con la consiguiente inscripción en el correspondiente Registro Civil. Por todo ello y por la dificultad que conlleva he llegado a la conclusión personal, no válida para muchas personas de que una nueva regulación de la materia ayudaría a muchos sectores de la sociedad y evitaría esas salidas a otros estados. No debemos olvidar que aunque aquí se prohíbe la maternidad subrogada, se permite la inscripción de los hijos nacidos por estas técnicas, lo que entiendo que es un apañío regulativo y que podría mejorarse con una nueva y ampliada regulación de la ley 4/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Alguno de los pilares que me han hecho llegar a tener este planteamiento personal ha sido a través de las siguientes reflexiones:

1. Con la Resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (rechazando la teoría conflictual clásica), ya se defendía un reconocimiento al menos de la filiación de los hijos, siendo el interés superior de los menores el principal argumento al que recurre la Dirección General de los Registros y del Notariado para otorgar efectos a esta institución.

La Dirección General de los Registros y del Notariado llega a dictar esta Resolución al considerar que la prohibición de la maternidad subrogada en España puede discriminar a las parejas formadas por personas del mismo sexo, en particular en caso de las formadas por dos hombres. Lo que la Resolución se limita a hacer es preservar el interés de unos menores que ya se encuentran en territorio español. Esta Resolución ya supuso un pretexto para poner sobre la mesa la necesidad de modificar la regulación española respecto la figura de la maternidad subrogada.

2. El pensamiento que muestran algunos internacionalistas hacia este método de reproducción humana, y que se muestra más permisivo que la postura adoptada por algunos civilistas. Estos pensamientos a los que me refiero son entre otros

como el de CALVO CARAVACA quien abogó por una reforma de la Ley de Registro civil español para evitar este tipo de situaciones (en los que se imposibilitaba la inscripción de la filiación de los hijos, nacidos mediante esta técnica de maternidad subrogada en otros lugares como el estado de California, que si la admiten) y adoptar la norma a la realidad social.

Es algo que en la actualidad pese a tener la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sigue creando problemas a las personas o parejas que pretenden inscribir a sus hijos en el Registro Civil más cercano, pese a cumplir con los requisitos establecidos en la mencionada Instrucción.

Considero que es algo que se evitaría con una nueva reforma y que por ello sería el momento de ponerse manos a la obra y hacer lo necesario para evitar situaciones de ese tipo y que en teoría no deberían ocurrir por la existencia de una Instrucción que permite la inscripción de la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas de reproducción humana asistida.

3. El hecho que en la actualidad la Jurisprudencia de lo Social este reconociendo prestaciones o derechos sociales a las madres/padres que han llevado a cabo la contratación de madres de alquileres en otros estados. Es decir, lo que ha llevado a los jueces a otorgar estos derechos ha sido el considerar que el descanso por maternidad y sus fines propios establecido en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, ya que aunque no se de una maternidad biológica se está frente a una filiación efectiva reconocida por el Registro Civil correspondiente, así se entiende que para procurar la atención del menor, se otorga esta prestación en los casos de maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente según lo establecido en el RD 1251/2001, de 16 de noviembre (artículo 2), siendo esto así, los jueces aplican la analogía respecto la adopción o el acogimiento en el que tampoco hay maternidad natural o biológica por parte de quien solicita la prestación. Es necesario, sacar a relucir el trabajo que han realizado algunos autores en los últimos tiempos, en especial el referente a VELA SÁNCHEZ y la posibilidad de una modificación legislativa en España en la que se establezca un contrato-convenio de maternidad subrogada, con todos los contenidos y requisitos ya tasados para que no se produzcan problemas dificultosos, si bien es imposible prever todos los problemas que

puedan surgir en materias tan amplias como es la de la filiación, y menos en un campo tan poco legislado como este, pero con muchas necesidades y carencias.

No podemos permitir que, por ejemplo siendo los Juzgados de lo Social de España los que otorgando tales prestaciones de paternidad o maternidad se vean en puestos en tela de juicio como cuando en sentencias como en la vista en el último apartado (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 216/2013 de 13 de marzo), aun habiéndose concedido la mencionada prestación, son los servicios públicos los que pretenden inmiscuirse plantearse la veracidad y legalidad de tales cuestiones, teniendo que llegar a juicio y siendo finalmente el juez el encargado de declarar que obviamente hay derecho a una prestación porque ya no se habla de si se está prohibido o no la maternidad subrogada en España, que como todos sabemos se prohíbe en el artículo 10 de la Ley 14/2006 tantas veces citada, sino que va más allá puesto que ya existe una Instrucción que permite que la filiación de esos nacidos se inscriba en el Registro Civil correspondiente, por lo que no cabría hablar más de lo prohibida o no que está en España dicha técnica, que por supuesto no se ha llevado a cabo aquí, sino que lo que estas personas pretenden es conseguir su derecho a una prestación por paternidad o maternidad, equiparable a la que se concede en los casos de maternidad, adopción o acogimiento, nada más. No hay porque entrar a valorar temas que ya están más que zanjados, y que ya hay los instrumentos legales para la veracidad de los mismos.

No se puede intentar atormentar a las personas que han decidido acudir a estas técnicas y que no todo el mundo comparte moralmente, y por ello tratarlas como delincuentes, cada vez que deciden pedir algún tipo de prestación que por derecho les corresponde.

BIBLIOGRAFÍA

BAUTISTA, J., “Maternidad subrogada”. *AJA*, núm. 815. 2011

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “La filiación y las calificaciones legales”. en *II Congreso Mundial Vasco*. Vitoria-Gasteiz, 1987, Madrid 1988.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos *made in california*” *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2009, (Tribuna), Ed. Aranzadi.Pamplona. 2009.

Bullard Gonzalez, A., “ El derecho de nacer : sobre alquiler de vientre y maternidad subrogada”, *Derecho de familia : revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, los contratos y el derecho de familia*.2009.

CALVO CARAVARA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), Vol. 1, Nº 2.

DURÁN RIVACOBIA, R. “El anonimato del progenitor”, en *VVAA* (coord.. por J.M. GÓNZALEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Libro Homenaje al Profesora Manuel Albaladejo García*, Vol. I, Murcia 2004.

FÁBREGA RUIZ, C.F., “Biología y filiación: aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida”. *Revista Bioética y Derecho*. En Comares, 1999.

FARNÓS AMORÓS, E., “European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting”. *InDret* 3/2010. Barcelona 2010.

FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *InDret* 1/2010

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Filiación, adopción, alimentos y sucesiones*. Ed.Thomson. Vol I.2012

FLORES MICHEO, R., “La realidad, maestra y enseñadora de las leyes “. *La Ley*, 1980.

HERRERA CAMPOS, R., *La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española*. Editorial Universidad de Granada. Granada, 1991.

HIERRO HIERRO, F.J., “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”. *Doctrinal Aranzadi Social* paraf. 41/2012 .Pamplona 2012.

HUALDE MANSO, T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”. *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2012, 2012

KEANE, N. P. Y BREO, D.L. “The Surrogate Mother”, *Everest House*, New York, 1981

LAGARDE P., “Conflits de lois (Principes généraux)”, *Répertoire Dalloz Droit International*, enero 2006. “Developpements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *Rabels*, 2004.

LAMM, E., “Gestación por sustitución”. *Indret* 3/2012. Barcelona 2012.

LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”. *En Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. Nº 7. 1994.

LLEDÓ YAGÜE, F., “El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”, en *II Congreso Mundial Vasco*. Vitoria-Gasteiz, 1987, Madrid 1988.

LLEDÓ YAGÜE, F., “La regulación jurídica de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro”. *I Congreso Nacional de Bioética*, Valladolid, 1986

LÓPEZ GUZMÁN, J., Y APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos de bioética*, Vol. 23, Nº 78, 2012.

LÓPEZ PELÁEZ, P., “La filiación de los niños y niñas nacidos en virtud de contratos de gestación por sustitución en el Derecho español”. en VVAA (coord. por Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, Isaac RAVETLLAT BALLESTÉ), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia : un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Barcelona 2009.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2014, ed. Aranzadi. 2014

NANCLARES VALLE, J., “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2008 - 8/2008.2008.

PÉREZ GÓMEZ, J.M., RUEDA SILVA, D., “La investigación y experimentación genética humana en la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 12/2002, Ed. Aranzadi. nº 5, 2002.

QUÍÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. *InDret* 3/2009. Barcelona 2009.

ROCA TRÍAS, E., “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en *II Congreso mundial vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Ponencias y Comunicaciones*, Vitoria-Gasteiz, 1987, Madrid 1988.

ROMEO CASABONA, C., “Biotecnología, derecho y dignidad humana”. Editorial *Albolote*.Granada. 2003.

RUBIO TORRANO, E., “Inscripción como hijos de varones nacidos mediante gestación por sustitución”. *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 9. Pamplona. 2011.

RUIZ SUTIL, C., “Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad”. Editorial Lex Nova. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* num. 24/2010. 2010.

SABATER BAYLE, E., “Exclusión del varón sin pareja de las técnicas de reproducción asistida”, Ponencia invitada en el Congreso Internacional sobre *Filiación, patria potestad y relaciones familiares en las sociedades contemporáneas*, Facultad de Derecho, UNED, Madrid 4 a 6 abril 2011 (texto actualmente en prensa).

SALAS CARCELLER, A., “Sobre las relaciones entre la compañera de la madre biológica con el hijo de esta concebido por inseminación artificial”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm 10/2011 (parte tribuna). Pamplona 2011.

SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2013 (parte Doctrina). Pamplona 2013.

SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm 6/2011 (parte Estudio). Pamplona. 2011.

TAHOCES, F.S., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”. *RAD*, núm.6. 2011.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *El tráfico de niños para su adopción ilegal, el delito del artículo 221 del código penal español*. Ed. Dykinson, S.L., Madrid.2003.

VALERA AUTRÁN, B., “La protección social de la maternidad no biológica”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. 6/2013 parte Presentación. Pamplona 2013.

VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares. Granada 2012.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “Mujer, Derecho y Sociedad”. *Colección Ciclos*, núm. 15, Fundación El Monte, Sevilla, 1996.

JURISPRUDENCIA

Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 16 mayo 2012. [JUR\2012\176647].

Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) num. 826/2011 de 23 noviembre. [AC\2011\1561]

Sentencia Juzgado de lo Social num.2 de Oviedo. 212/2012 de 9 de abril. [AS\2012\924].

Sentencia Juzgado de lo Social num.25 de Barcelona. 218/2011 de 14 de mayo. [JUR\2013\34202].

Sentencia Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia. Sentencia núm. 193/2010 de 15 septiembre. AC 2010\1707.

STC,(Sala 2ª), Sentencia núm. 54/1989 de 23 febrero. RTC 1989\54.

Tribunal Constitucional (Pleno)Sentencia núm. 22/1981 de 2 julio. RTC 1981\22.

TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), sentencia núm. 668/2012 de 18 octubre.[AS 2012\2503].

TSJ Madrid, (Sala de lo Social) sentencia núm. 216/2013 de 13 de marzo. [JUR 2013/291456].

LEGISLACIÓN CITADA

Código Civil español, Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Código de Familia ucraniano , de 26 de diciembre de 2002.

Constitución Española de 1978, de 29 de Diciembre de 1978.

Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por el Estado español el 30 de noviembre de 1990.

Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, de 5 de octubre de 2010.

Ley 35/ 1981 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988.(LTRA).

Ley 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil español, , de 7 de enero.

Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 26 de mayo (LTRHA).

Ley 20/2011, del Registro Civil de 21 de julio de 2011, que actualmente se encuentra en *vacatio legis*.

Ley 27/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

ley 39/ 1999 de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.

Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014).

Ley de Enjuiciamiento Civil español, Real Decreto de 3 de febrero de 188.

Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal de México, de 30 de noviembre de 2010.

Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

Ley ucraniana “Sobre trasplante de órganos y otros materiales anatómicos humanos”, de 16 de julio de 1999.

Orden del Ministerio de Salud Pública ruso núm.67”Sobre la aplicación de lass técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”, de 26 de febrero de 2003.

Proyecto del Senado francés sobre maternidad subrogada , de 27 de enero de 2010.

Reglamento del Registro Civil español, Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

Reglamento del Registro civil, publicado en el BOE núm.296 de 11 de diciembre 1958 y corrección de errores en BOE núm.18 de 21 de enero 1959.

Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado ,de 18 de febrero de 2009.